Probleme der Rückabwicklung bei der Wandlung von Kauf-, Lieferungskauf-, Werklieferungs- und Werkverträgen unter Einbeziehung des österreichischen und schweizerischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Hans-Wolf Friedrich
aus Halberstadt

Göttingen 1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534921_0011

Probleme der Rückabwicklung bei der Wandlung von Kauf-, Lieferungskauf-, Werklieferungs- und Werkverträgen unter Einbeziehung des österreichischen und schweizerischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Hans-Wolf Friedrich
aus Halberstadt

Göttingen 1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof.Dr.H. Neumann-Duesberg
Mitberichterstatter: Prof.Dr.M. Dießelhorst
Tag der mündlichen Prüfung: 2.7.1976

Inhaltsübersicht

Seite

Einleitung 1

1. Abschnitt

Das Institut der Wandlung im allgemeinen 6

A. Deutsches Recht

I. Geschichtliche Entwicklung 6

II. Der Anwendungsbereich der Wandlung im BGB 8

III. Die Verweisungstechnik im BGB 8

IV. Das unmittelbare Ziel der Wandlung 9

1. Die Vertragstheorie 12

a) Die strenge Vertragstheorie 12

b) Die modifizierte Vertragstheorie (Gestaltungstheorie) 13

2. Die Herstellungstheorie 13

3. Stellungnahme 16

a) Die Rückgewähr bei der Wandlung als bereicherungsrechtlicher Anspruch 18

b) Die Rückgewähr bei der Wandlung als Anspruch im Rahmen eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses 19

aa) Die Lehre von der Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis beim vertraglichen Rücktritt 19

aaa) Darstellung der Umwandlungslehre 19

bbb) Die Folgen der Umwandlungslehre für die übrigen Rücktrittstheorien 23

aaaa) Der Rückgewähranspruch beim Rücktritt als besonderer gesetzlicher Bereicherungsanspruch (auf bloßen Ausgleich der noch vorhandenen Leistung) 23

bbbb) Das Rückgewährverhältnis beim Rücktritt als Legalschuldverhältnis, das das vertragliche ablöst 24

cccc) Der Rückgewähranspruch beim Rücktritt als "Gegenverpflichtung" unter Fortbestehen des Vertrages (Theorie von der indirekten Wirkung, Vertragstheorie) 24

Seite

dddd) Der Rücktritt als Gestaltungsrecht, das die Rückgewähransprüche hervorbringt 24

bb) Die Übertragung der für den (vertraglichen) Rücktritt vertretenen Umwandlungslehre auf die Wandlung 24

aaa) Die Rückgewähr bei der Wandlung als bereicherungsrechtliche Ansprüche 25

bbb) Die Rückgewähr bei der Wandlung auf Grund eines Legalschuldverhältnisses 27

ccc) Die Rückgewähr als latenter Anspruch 28

ddd) Die Rückgewähr bei der Wandlung im Rahmen eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses 28

cc) Ergebnis 29

B. Ausländisches Recht 30

I. Österreichisches Recht 30

II. Schweizerisches Recht 31

C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Betrachtung 34

2. Abschnitt 34

Die Voraussetzungen der Wandlung 34

A. Deutsches Recht 34

I. Der Kaufvertrag 34

II. Der Lieferungskauf 35

III. Der Werkvertrag 35

IV. Der Werklieferungsvertrag im engeren Sinne 36

V. Der Ausschluß der Wandlung 37

B. Ausländisches Recht 37

I. Österreichisches Recht 37

1. Der Kaufvertrag 37

2. Der Werkvertrag 37

3. Der Lieferungskauf und der Werklieferungsvertrag 39

4. Der Ausschluß der Wandlung 39

II. Schweizerisches Recht 40

1. Der Kaufvertrag 40

2. Der Werkvertrag 41

Seite

a) Mängel und Vertragsabweichungen 41

b) Erheblichkeit des Mangels i.S.d. Art.368 Abs.1 OR 41

aa) Die Unbrauchbarkeit des Werkes 41

bb) Die Unzumutbarkeit der Abnahme des Werkes 42

3. Der Werklieferungsvertrag 43

4. Der Ausschluß der Wandlung 43

C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Betrachtung 44

I. Kauf 44

II. Werkvertrag 44

3. Abschnitt

Der Umfang der Rückgewährpflichten bei der Wandlung des Kaufvertrages 46

A. Deutsches Recht 46

I. Grundlagen 46

II. Die Rückgewährpflichten im einzelnen 52

1. Die Rückgewährpflichten des Käufers 52

a) Die Verpflichtung zur Rückübereignung der Kaufsache 52

b) Die Verpflichtung zur Bereitstellung der Sache zwecks Ermöglichung der Rücknahme 52

c) Der Ort der Bereithaltung der Kaufsache durch den Käufer zur Wegnahme durch den Verkäufer
Verpflichtung des Käufers zur Zurückschaffung der Kaufsache? 56

d) Die Kosten der Rückgewähr (Wandlungskosten, Aufwendungen zum Zwecke der Rückgabe) - Erstattungsanspruch - 61

aa) Bereitstellungskosten - Erstattungsanspruch - 62

bb) Rückübereignungskosten - Erstattungsanspruch - 63

cc) Rückgewährkosten im weiteren Sinne - Erstattungsanspruch - 63

e) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen 68

aa) Der für die Herausgabe der Nutzungen maßgebende Zeitpunkt 68

bb) Die Bemessung des Wertes der Gebrauchsvorteile 71

f) Ersatz des durch Verschlechterung der Sache verursachten Schadens (§§ 467 S.1,347 S.1 BGB) 73

Seite

2. Die Rückgewährpflichten des Verkäufers 73

Vorbemerkung 73

a) Die Verpflichtung zur Wiederabnahme der Kaufsache 73

b) Die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises und zur Verzinsung der Kaufsumme 76

c) Die Behandlung der Leistungen an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber 76

aa) Die Inzahlunggabe von Gebrauchtgegenständen an Erfüllungs Statt für einen Teil der Kaufpreisforderung 76

bb) Die Inzahlunggabe von Wertpapieren 79

cc) Die Wechselbegebung 80

dd) Die Übernahme von Pflichten gegenüber Dritten durch den Käufer 80

ee) Die Tilgung der Kaufpreisschuld durch Aufrechnung 80

d) Die Verpflichtung zum Ersatz notwendiger Verwendungen (§§ 467 S.1,347 S.2 letzte Alt.i.V.m.S.1,994 BGB) 80

aa) Erhaltungskosten 81

bb) Sonstige Aufwendungen 81

e) Die Verpflichtung zur Tragung der Spezifikationskosten 82

f) Die Verpflichtung zum Ersatz der Vertragskosten (§ 467 S.2 BGB) 83

g) Die Aufwendungen in Erfüllung, zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrages (Erfüllungskosten) 83

aa) Transportkosten 87

bb) Zoll 87

cc) Montagekosten 87

dd) Untersuchungskosten 88

ee) Prozeßkosten 88

ff) Vergütung für Verwaltung 88

h) Die Abgrenzung zwischen Vertragskosten, Aufwendungen zum Zwecke der Erfüllung, Aufwendungen i.S.d. § 347 BGB und übrige Kosten, die nur unter den Schadenersatz fallen können. 89

B. Ausländisches Recht 90

I. Österreichisches Recht 90

1. Grundlagen 90

2. Die Rückgewährpflichten im einzelnen 90

a) Die Pflichten des Käufers 90

b) Die Pflichten des Verkäufers 91

Seite

II. Schweizerisches Recht 93

1. Grundlagen 93

2. Die Rückerstattungspflichten im einzelnen 93

a) Die Pflichten des Käufers 93

b) Die Pflichten des Verkäufers 94

C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Betrachtung 96

4. Abschnitt 97

Der Umfang der Rückgewährpflichten bei der Wandlung von Werklieferungsverträgen i.S.d. § 651 Abs. 1 BGB

A. Deutsches Recht 97

Vorbemerkung 97

I. Der Lieferungskauf 98

II. Der Werklieferungsvertrag im eigentlichen Sinne (§ 651 Abs.1 S.2 2.Alt.BGB) 99

1. Die Rückgewährpflichten des Bestellers 100

a) Die Pflicht zur Rückübereignung der hergestellten Sache 100

b) Die weiteren Pflichten des Bestellers 100

2. Die Rückgewährpflichten des Herstellers 100

a) Die Verpflichtung zur Wiederabnahme der hergestellten nicht vertretbaren Sache 100

b) Die Verpflichtung zum Ersatz der Erfüllungskosten 102

3. Ergebnis 102

B. Ausländisches Recht 103

C. Zusammenfassung 103

5. Abschnitt

Die Durchführung der Wandlung von Werkverträgen 104

A. Deutsches Recht 104

Vorbemerkung 104

I. Die Durchführung der Wandlung beim materiellen Werkvertrag 104

1. Die Pflichten des Werkbestellers 105

a) Die Verpflichtung des Werkbestellers zur "Rückgewähr" des fehlerhaften Werkes 105

aa) Der Verbleib des Eigentums an dem Werkstoff beim Werkbesteller trotz Be- oder Verarbeitung durch den Unternehmer 105

Seite

bb) Die "Rückgewähr" des Werkes am bestellereigenen Stoff 106

aaa) Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes durch den Unternehmer im Wege der Umkehr der Leistungspflichten in Rücknahmepflichten 107

bbb) Übergabe des veränderten Stoffes (Stoff + Arbeit) an den Unternehmer gegen Wertersatz an den Besteller - Ankaufzwang - 110

ccc) Das bestellereigne Werkstück und die fehlerhafte Werkleistung des Unternehmers im Lichte des § 346 S.2 BGB 114

aaaa) § 346 S.2 BGB beim vertraglichen Rücktritt 115

bbbb) § 346 S.2 BGB bei der Wandlung 116

α) Die Übertragung des Rechtsgedankens des § 346 S.2 BGB dem Grunde nach auf die dem Besteller verbleibende Arbeitsleistung des Unternehmers am bestellereigenen Stoff 116

ß) Die Bemessung des Wertes der dem Besteller verbleibenden (mangelhaften) Werkleistung des Unternehmers 117

αα) Die objektive Wertbemessung 118

ßß) Die Berücksichtigung subjektiver Elemente bei der Wertbemessung 118

γγ) Der für die Wertbemessung maßgebliche Zeitpunkt 124

δδ) Die Abgrenzung zur Minderung 125

cccc) Die Rechtsprechung zur Durchführung der Wandlung bei "reinen" Werkverträgen 126

2. Die Pflichten des Werkunternehmers 129

3. Zusammenfassung 129

Seite

II. Die Durchführung der Wandlung bei immateriellen Werken mit oder ohne Verknüpfung an ein Substrat (nicht verkörpertes Arbeitswerk, Leistwerk) 131

Vorbemerkung 131

1. Immaterielle Werke mit sachlichem Substrat 133

a) Der Vertrag über die Erstellung eines schriftlichen Gutachtens u.ä. 133

aa) Der Gutachtervertrag als Werkvertrag 133

aaa) im allgemeinen 133

bbb) Rechtsgutachten, Rechtsauskunft eines Rechtskundigen über eine konkrete Einzelfrage 133

ccc) Steuergutachten, Auskunft über eine steuerrechtliche Frage 134

bb) Die Durchführung der Wandlung 134

b) Der Arztvertrag 135

aa) Der Arztvertrag über eine Operation als Werkvertrag 135

bb) Die Durchführung der Wandlung 135

c) Der Zahnarztvertrag über die Anfertigung und Eingliederung einer Zahnprothese 135

aa) Der Zahnarztvertrag als Werkvertrag 135

bb) Die Durchführung der Wandlung 137

d) Verträge über handwerkliche Leistungen mit Verknüpfung an ein materielles Arbeitssubstrat 137

aa) Beispiele 137

bb) Die Durchführung der Wandlung 137

2. Werkverträge über Leistwerke immaterieller Art ohne Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat 138

a) Beispiele 138

aa) Besuchsverträge 138

bb) mündliche Gutachten, Auskünfte, Ratschläge 138

b) Die Durchführung der Wandlung 138

3. Mischformen 139

a) Der Anzeigenvertrag 139

aa) im allgemeinen 139

bb) Die Durchführung der Wandlung 140

Seite

b) Reklameverträge 141

aa) Beispiele 141

aaa) Der Plakatreklamevertrag 141

bbb) Der Lichtreklamevertrag 141

ccc) Der Kinowerbevertrag 141

bb) Die Durchführung der Wandlung 142

c) Transport- und Reiseverträge 143

aa) Allgemeines und Beispiele 143

bb) Die Zulässigkeit und die Durchführung der Wandlung 143

4. Zusammenfassung 145

III. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen i.S.d. § 651 Abs.2 BGB 146

Vorbemerkung 146

1. Grundlagen 147

a) Die Verweisungstechnik im BGB 147

b) Die Mangelhaftigkeit des Werkes beim Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs.2 BGB 148

c) Die Rückgewähr der empfangenen Leistungen gem. § 346 S.1 BGB beim Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs.2 BGB dem Grunde nach 148

2. Rückabwicklungsschuldverhältnis und erfolgsbezogenes Schuldverhältnis 149

3. Die Durchführung der Wandlung im einzelnen 151

a) Die Rückgewähr im Falle der Trennbarkeit des Werkes bestehend aus Zutaten und Arbeit von der Hauptsache 151

aa) Die Pflichten des Bestellers 151

aaa) Die Verpflichtung des Bestellers zur Gestattung der Rücknahme der Nebensachen 151

bbb) Die Behandlung der Zusammensetzarbeit bei der Durchführung der Wandlung 152

bb) Die Pflichten des Werkunternehmers 152

aaa) Die Trennungs- und Wiederabnahmepflicht 152

bbb) Die Verpflichtung des Unternehmers, die Kosten der Trennung zu tragen 153

ccc) Die Behandlung der Eingriffe des Unternehmers in die Substanz des Stoffes des Bestellers durch die Werkleistung bei der Durchführung der Wandlung 153

Seite

ddd) Die Verpflichtung zur Rückgabe des vom Besteller gestellten Stoffes 154

cc) Ergebnis 155

b) Die Rückgewähr im Falle der Nichtabtrennbarkeit des Werkes bestehend aus Zutaten und Arbeit von der Hauptsache 155

aa) Die Problemstellung von der Umwandlungslehre aus 155

bb) Der Lösungsversuch über § 951 BGB 156

cc) Der Lösungsversuch über § 997 BGB 157

dd) Der Lösungsversuch über § 994 Abs.2 BGB 158

ee) Die eigene Lösung 158

aaa) Grundsätze 158

bbb) Die Trennbarkeit der Zutaten vom bestellereigenen Stoff; die Abgrenzung zwischen Trennbarkeit und Untrennbarkeit 158

ccc) Die Rückgewähr bei Unmöglichkeit der Abtrennbarkeit der Nebensachen 161

ddd) Ergebnis 165

c) Die Durchführung der Wandlung bei einigen § 651 Abs.2 BGB unterfallenden Vertragstypen 166

aa) Die Durchführung der Wandlung von Werkverträgen über die Herstellung, Veränderung oder Reparatur einer beweglichen Sache unter Lieferung von Zutaten und anderen Nebensachen 166

bb) Die Durchführung der Wandlung bei Lieferverträgen mit Montageverpflichtung Der Fallgruppe "Einbau" 167

aaa) feste Verbindung einer Hauptsache mit einer Nebensache 167

bbb) feste Verbindung eines gelieferten Gegenstandes mit einem Grundstück 168

ccc) Lieferung, Zusammenbau und Einbau von Sachen 168

cc) Die Durchführung der Wandlung bei Bauverträgen 169

aaa) Die gesetzliche Zulässigkeit der Wandlung bei Bauverträgen 171

bbb) Die Durchführung der Wandlung beim Bauvertrag über Bauten in konventioneller Bauweise 173

aaaa) Die tatsächliche und wirtschaftliche Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur bei Bauverträgen in der Literatur 173

Seite

bbbb) Die Rückgewähr von Bauleistungen im Lichte der Umwandlungslehre 175

cccc) Die eigene Lösung 177

α) Die Unzulässigkeit der Durchführung der Wandlung durch Abbruch des Bauwerks und Entfernung der Baumaterialien bei objektivem über den Wert der Baumaterialien hinausgehenden Wert der fehlerhaften Bauleistung 177

β) Die Durchführung der Wandlung bei Vorliegen eines objektiven Wertes des fehlerhaften Bauwerks über den Materialwert hinaus 182

αα) Grundlagen 182

ßß) Die Wertbemessung 183

γ) Die Durchführung der Wandlung bei völlig wertloser Bauleistung 184

δ) Die Lösung des "Mauerfalls" 187

ccc) Die Durchführung der Wandlung bei Bauteilarbeiten 188

aaaa) Bauteilarbeiten - Arbeitsleistung im Vordergrund stehend - 188

bbbb) Bauteilarbeiten - Lieferung von Materialien im Vordergrund stehend - 188

cccc) Die Lösung des "Ofenfalles" und des "Heizungsfalles" 190

α) Der "Ofenfall" 190

ß) Der "Heizungsfall" 190

ddd) Die Rechtsprechung zur Wandlung von Bauwerkverträgen 191

aaaa) Die Rechtsprechung zur Wandlung bei Verträgen über die Errichtung ganzer Gebäude 191

bbbb) Die Rechtsprechung zur Wandlung bei Teilbauverträgen 196

α) Hausteile 196

ß) Teilleistungen an Gebäuden 197

γ) Heizungsanlagen 201

δ) Lieferung und Anbringung von Türen, Rolläden an Neubauten 203

Seite

eee) Die Wandlung bei Verträgen über Fertighausbauten 206

d) Die Wandlung bei Werkverträgen i.S.v. § 651 Abs.2 BGB bei Beteiligung mehrerer Unternehmer auf Grund selbständiger Verträge 207

e) Zusammenfassung und Ergebnisse 212

IV. Die Durchführung der Wandlung bei mit Bauverträgen in Zusammenhang stehenden Verträgen: Architekten- und Statikervertrag 214

1. Der Architektenvertrag 214

a) Vorbemerkung 214

aa) Die eingeschränkte Werkvertragstheorie 216

bb) Die erweiterte Werkvertragstheorie 216

cc) Der Standpunkt des BGH 217

b) Die Durchführung der Wandlung beim Architektenvertrag 217

aa) Die Durchführung der Wandlung bei Architektenverträgen über die Herstellung eines baureifen Entwurfs 217

bb) Die Durchführung der Wandlung beim üblichen Architektenvertrag, solange das Bauwerk noch nicht begonnen ist 219

cc) Die Durchführung der Wandlung beim üblichen Architektenvertrag nach Baubeginn 221

aaa) unter Zugrundelegung der eingeschränkten Werkvertragstheorie und der Rechtsprechung des BGH 222

bbb) unter Zugrundelegung der erweiterten Werkvertragstheorie 226

c) Ergebnis 227

2. Der Statikervertrag 227

a) Die Rechtsnatur des Statikervertrages 227

b) Die Durchführung der Wandlung beim Statikervertrag 228

V. Das Verhältnis der Gewährleistungspflichten des Bauunternehmers und des Architekten, Statikers insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Wandlung 230

1. Bauunternehmer und Architekt 230

a) Die eingeschränkte Werkvertragstheorie und die Rechtsprechung des BGH 230

b) Die erweiterte Werkvertragstheorie 231

2. Architekt und Statiker, Bauunternehmer und Statiker 233

VI. Die Nebenansprüche aus Wandlung von Werkverträgen 233

Seite

B. Ausländisches Recht 234

I. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen im österreichischen Recht 234

1. Das Abgehen vom Vertrage, seine Wirkungen und seine Durchführung im allgemeinen 234

2. Die Durchführung der Wandlung bei Werklieferungen, die unter den Werkvertrag fallen 235

3. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen über Leistungen an bestellereigenen Stoffen 236

4. Die Rückgewährpflichten bei der Wandlung von Werkverträgen über Werke bestehend aus Arbeit mit Zutaten an bestellereigenen Stoffen 238

a) bei Abtrennbarkeit der Zutaten 238

b) bei Unabtrennbarkeit der Zutaten 238

aa) Die Zulässigkeit der Wandlung 238

bb) Die Durchführung der Wandlung 240

c) Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen mit Lieferung von Zutaten am Beispiel von Bauverträgen 240

aa) Allgemeines 240

bb) Rechtsprechung 241

cc) Ergebnis 246

5. Die Durchführung der Wandlung bei einigen Vertragstypen, die unter den Werkvertrag fallen 246

a) Werkverträge über Leistwerke im wesentlichen immaterieller Art unter Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat (jedoch nicht verkörpertes Werk) 246

aa) Höhere fachmännische Leistungen 246

aaa) Der Architektenvertrag 246

bbb) Der Gutachter- und Auskunftvertrag 247

ccc) Zahnarztverträge 247

bb) Höhere künstlerische Leistungen 247

b) Werkverträge über Leistwerke immaterieller Art ohne Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat 248

6. Ansprüche der Vertragsparteien aus Wandlung außerhalb der Rückgewähr der gegenseitig erbrachten Leistungen 248

II. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen im schweizerischen Recht 249

1. Das Annahmeverweigerungsrecht, seine Wirkungen und seine Durchführung im allgemeinen 249

a) Die Verpflichtung des Unternehmers, das fehlerhafte Werk auf eigene Kosten zurückzunehmen 250

Seite

b) Die Pflichten des Bestellers hinsichtlich der Werkleistung 252

c) Die Verpflichtung des Unternehmers zur Rückzahlung des Werklohns 252

2. Die Durchführung der Wandlung bei Werklieferungen, die unter den Werkvertrag fallen 252

3. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen über Leistungen an bestellereigenen Stoffen 253

4. Die Rückgewährpflichten bei der Wandlung von Werkverträgen über Werke bestehend aus Arbeit mit Zutaten an bestellereigenen Stoffen 255

a) bei Abtrennbarkeit der Zutaten 255

b) bei Untrennbarkeit der Zutaten 255

c) Die Behandlung der Bauverträge 256

aa) Die Auslegung des Art.368 Abs.3 OR 256

aaa) Die Unzulässigkeit der Wandlung 256

bbb) Der Anwendungsbereich des Art.368 Abs.3 OR 258

bb) Minderung und Schadenersatz bei Verträgen i.S.d. Art.368 Abs.3 OR 259

5. Die Durchführung der Wandlung bei einigen Vertragstypen, die unter den Werkvertrag fallen 260

a) Werkverträge über Leistwerke im wesentlichen immaterieller Art unter Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat 260

aa) Höhere fachmännische Leistungen 260

aaa) Der Architektenvertrag 260

bbb) Der Gutachter- und Auskunftsvertrag 261

bb) Höhere künstlerische Leistungen 261

b) Werkverträge über Leistwerke immaterieller Art ohne Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat 262

c) Mischformen 262

6. Ansprüche der Vertragsparteien aus Wandlung außerhalb der Rückgewähr der gegenseitig erbrachten Leistungen 263

C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Betrachtung 263

6. Abschnitt 265

Die Durchführung der Wandlung bei gemischten Verträgen

I. Der Kauf mit (werkvertraglichen) Nebenpflichten 265

Seite

1. Die Verpflichtung des Käufers 265
2. Die Verpflichtung des Verkäufers 265
3. Der "Kinostuhlfall" 266
4. Exkurs 268
   a) Der Rücktritt bei Nicht- oder Schlechterfüllung von (werk-) vertraglichen Nebenpflichten 268
   b) Der Rücktritt beim Abzahlungskauf mit (werk-) vertraglichen Nebenpflichten 270

II. Der Lieferungskauf mit Übernahme von über die Herstellungspflicht hinausgehenden (werkvertraglichen) Nebenpflichten 271

III. Der Werklieferungsvertrag i.e.S. (§ 651 Abs.1 S.2 1.Alt.BGB mit (werk-) vertraglichen Nebenpflichten 271

IV. Der kombinierte Lieferungs- und Werkvertrag 273

V. Der kombinierte Werklieferungsvertrag und Werkvertrag 275

7. Abschnitt 276

Die Abgrenzung der Wandlung zur Minderung und zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung am Beispiel des Werkvertrages

I. Die Abgrenzung der Wandlung zur Minderung 276

II. Die Abgrenzung der Wandlung zum Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB 278

1. Der "kleine und "große" Schadenersatz 278
2. Der "große" Schadenersatz an Hand von Beispielen aus der Rechtsprechung 279
3. Die Wandlung als Bestandteil des "großen" Schadenersatzes 283

8. Abschnitt

Der Ausschluß der Wandlung durch ABG und ALB 285

I. Allgemeines 285

II. Die Behandlung der die Mängelansprüche beschränkenden AGB und ALB in der Rechtsprechung 286

9. Abschnitt

Die VOB/B und die Wandlung 289

I. Vorbemerkung 289

II. Die VOB/B und die Wandlung 289

1. Die Mängelansprüche in der VOB/B 289
2. Die Frage des Ausschlusses der Wandlung bei der VOB/B unterliegenden Bauwerkverträgen in Rechtsprechung und Literatur 290
3. Die eigene Ansicht 294

Zusammenfassung 297

Literaturverzeichnis

Achilles/Greif	BGB unter Einarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes nebst Einführungsgesetz usw. 21.Aufl.mit Nachtrag Berlin 1958/1963
Adler	Beiträge zum Rechte der Gewährleistung ZHR 75(1914),453 ff
Anschütz/Kreuzler	Allgemeine Lieferungsbedingungen Heidelberger Musterverträge Reihe B Heft 38 Heidelberg 1968
Arndt, Gabriele	Der Reiseveranstaltungsvertrag Rechtsbeziehungen zwischen Reiseveranstalter und Kunden unter Berücksichtigung der Reisebedingungen Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung Band 28 Berlin 1972
Auer, Hans-Georg	Der Insertionsvertrag Diss.iur.Zürich 1949
Avant-Projet	Avant-Projet de Convention Internationale Relative au Contrat de Voyage Rabels Z 1968(32),741 ff
Barnickel	Zur Rechtsnatur weiterer Architektenvertragstypen B 1964,541 ff
Baur	Lehrbuch des Sachenrechts 8.Aufl.Berlin 1975
Baur/Wolf	Bereicherungsansprüche bei irrtümlicher Leistung auf fremde Schuld - Das Wegnahmerecht des Nichtbesitzers BGHZ 40,272 JuS 1966,394 ff
Baur, Kurt	Minderung und Wandlung nach schweizerischem Obligationenrecht Diss.iur.Hamburg 1929
Berg	Bereicherungsanspruch bei Leistung an einen Dritten BGHZ 36,30 JuS 1964,137 ff
Bergerfurth/Menard	Kaufvertrag, Haftung bei Rechts- und Sachmängeln, besondere Arten des Kaufs Freiburg 1973
Bericht	Bericht der Kommission für Justizgegenstände über den Entwurf eines Gesetzes betr. die Änderung und Ergänzung von Bestimmungen des ABGB (Nov.zum ABGB) XXI Session 1912 Beilage 78 der stenographischen Protokolle

Berolzheimer	Wandlungsanspruch bei Ersatz der Zahlung durch Aufrechnung SeuffBl 77(1912)500 f
Bezzola, Ricco	La garanzia legale nell'appalto nel diritto svizzero Diss.iur.Bern 1923
BGB-RGRK-Bearbeiter	Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern 11.Aufl.Berlin 1959 ff Band I,2 §§ 241 - 432 Berlin 1960 Band II,1 §§ 433 - 704 Berlin 1959 Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs 12.Aufl.Berlin 1974 ff
Biel, Ferdinand	Wandlung und Rücktritt Eine kritische Untersuchung Diss.iur.Göttingen 1939
Bindhardt	Die Haftung des Architekten 6.Aufl.Düsseldorf 1971 Zur Haftung des Statikers Der Bau und die Bauindustrie Beilage Baubetriebswirtschaft und Baurecht 1965,104 Die "Positive Vertragsverletzung" im Baugeschehen Der Bau und die Bauindustrie Beilage Baubetriebswirtschaft und Baurecht 1967,116
Becker	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band VI Obligationenrecht I.Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art.1 - 183 Bern 1941 II.Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art.184 - 851 Bern 1934
BK-Bearbeiter	Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band VI Obligationenrecht 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse 3. Teilband Der Werkvertrag erläutert von Gautschi Bern 1966/1967
Bloch	Über die Erfüllungsbereitschaft beim Werkvertrag JurBl 1913(42),85 f

Blomeyer	Allgemeines Schuldrecht 2.Aufl.Berlin 1957 3.Aufl.Berlin 1964 4.Aufl.Berlin 1969
	Der Anspruch auf Wandlung oder Minderung AcP 151(1951),97 ff
Boehm	Beitrag zur Lehre von der Wandlung Das Recht 1901,308 f
Boehmer	Realverträge im heutigen Rechte ArchBR 38(1918),314 ff
	Schranken des Rücktrittsrechts des Käufers einer gestohlenen Sache JZ 1952,523
	Nochmals: Schranken des Rücktrittsrechts des Käufers einer gestohlenen Sache JZ 1952,588
Boergen	Die vertragliche Haftung des Rechtsanwalts Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung Band 13 Berlin 1968
Boethke	Besprechung von: Riezler Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich Jena 1900 Gruch 45(1901),715 ff
Bötticher	Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei der Wandlung des Kaufvertrages SJZ 1948 Sp.738 ff
	Die Wandlung als Gestaltungsakt Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Band 24 Heidelberg 1938
Brandt	Die Mängelhaftung beim sogenannten Architektenwerk BauR 1970,25 ff
Bremer	Der Sachverständige 2.Aufl.Heidelberg 1973
Brügmann	Der Bauvertrag Köln Braunsfeld 1974
Bucher	Der benachteiligte Käufer SJZ 1971(67),1 ff, 17 ff
von Buchka	BGB und gemeines Recht Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und der Landesrechte Band I 3.Aufl.Berlin 1899
Buschmann	Typische Merkmale in Bauprozessen BlGBW 1966,205 ff

Bulla	Zum Umfang der Schadenersatzpflicht des Verkäufers und des Unternehmers wegen mangelhafter Leistung BB 1975,445 ff
v.Caemmerer Boehmer-Festschrift	Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb in: Festschrift für Boehmer Bonn 1954 S.145 ff
Rabel-Festschrift	Bereicherung und unerlaubte Handlung in: Festschrift für Rabel Band 1 Tübingen 1954 S.333 ff
Cappenberg, Arnold	Die Gewährleistungspflicht des Unternehmers für Sachmängel nach dem BGB Diss.iur.Leipzig 1903
Christoffel	Bauunternehmer- und Bauhandwerksrecht unter Berücksichtigung des gesetzlichen Bauvertragsrechts und der Bestimmungen der VOB, mit den Formblättern über den Bauvertrag Das Recht im Beruf Band 2 Düsseldorf 1956
Cohn	Die Kaufgeldhypothek nach vollzogener Wandlung JW 1902,7 f
	Erlaß und Verzicht nach dem BGB Gruch 47(1903),221 ff
von Craushaar	Bauwerkleistungen im Sinne von § 638 BGB NJW 1975,993 ff
Corsten, Ralf	Die Rechtsbeziehungen zwischen Gastaufnahmebetrieb, Reisebüro und Kunden nach deutschem und französischem Recht Diss.iur.Kiel 1968
Cosack	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band 1 Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht 8.Aufl.Jena 1927
Cretschmar	Besprechung der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs AcP 82(1894),107 ff
Crome, System II	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 2.Band Recht der Schuldverhältnisse Tübingen 1902
Daub/Meierrose/ Müller	Kommentar zur VOL Verdingungsordnung für Leistungen, ausgenommen Bauleistungen Düsseldorf 1960

Dawson	Unjust enrichment A comparative analysis Julius Rosenthal Foundation at North Western University School of Law Lectures 1950 Boston 1951
Dernburg	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs 2.Band Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs 5.Aufl.Halle 1897
Dernburg II	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens Band II Die Schuldverhältnisse Halle 1899
Dernburg/Engelmann	2.Band Schuldverhältnisse 1.Abteilung Allgemeine Lehren 4.Aufl.bearbeitet von Engelmann Halle 1909
Dernburg/Raape	2. Abteilung 4.Aufl.bearbeitet von Raape Halle 1915
Dernburg/Sokolowski	System des Römischen Rechts; Der Pandekten 8.Aufl. 2.Teil Berlin 1912
Dittmann, Heinz	Die Anwendbarkeit der Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Prozeßbesitzer gelten, auf das Rücktrittsrecht und auf die Wandlung Diss.iur.Halle-Wittenberg 1930
Dniestrzański	Das Wesen des Werklieferungsvertrages im österreichischen Rechte Wien 1898
Döring	Anmerkung zu LG Hannover v. 10.1.56 NJW 1957,698 f
Dröge/Kratz	Was unsere Mitglieder vor Beginn einer zahnprothetischen Behandlung wissen sollten Die Barmer Ersatzkasse 1968 Heft 4 S.118 ff
Düringer/Hachenburg/ Bearbeiter	Handelsgesetzbuch V.Band 1.Hälfte Einleitung, Der Kauf nach Bürgerlichem Gesetzbuche u. §§ 373 - 382 3.Aufl.Leipzig 1932
Dürr	Der Werkvertrag Art.363 bis 379 des Schweizerischen Obligationenrechts mit Anmerkungen 2.Aufl.Bern 1966

E I	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Erste Lesung Berlin 1888
E II	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und eines zugehörigen Einführungsgesetzes sowie eines Gesetzes betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Einführungsgesetze zur Civilprozeßordnung und Konkursordnung in der Fassung der Bundesratsvorlage auf amtliche Veranlassung Berlin 1898
Ebner	Die Wandlung beim Anzeigenvertrage LZ 1929(23) Sp.603
Eckstein	Schadenersatz im Verhältnis zur Minderung und Wandlung ArchBR 43(1919)193 ff
Ehrenzweig	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 1.Band 2.Hälfte Das Sachenrecht Wien 1923 2.Band 1.Hälfte Das Recht der Schuldverhältnisse 2.Aufl.Wien 1928
Eisner	Zur Lehre von der Gewährleistung nach österr. allg. Privatrechte unter Berücksichtigung des deutschen, französischen und schweizerischen Rechts Grünhuts Z 39(1912),575 ff
Elleringmann	Verdingungsordnung für Bauleistungen und Verdingungsrecht in: Probleme der Handwerkswirtschaft hrsgg.v.W.F.Bruck und H. Weber S.71 ff Münster 1930
Emerich	Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches Band IV,2 Jena 1899
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 8.Aufl.Berlin 1903
Engels, Curt	Rechtsfolgen der Werkmängel Diss.iur.Rostock 1907
Enneccerus/Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse 15.Bearbeitung Tübingen 1958
Eplinius	Der Bauvertrag Erläuterungen zur Verdingungsordnung für Bauleistungen 1.Aufl.Berlin 1931 unveränderter Abdruck der 3.Aufl.Berlin 1940 Köln 1950

Erman	Zu den Rechten des Stückkäufers aus Mängeln der Sache JZ 1960,41
	Anmerkung zu BGH v. 5.5.58 JZ 1959,125 f
	JZ 1959,126 f
Erman/Bearbeiter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 5.Aufl.Münster 1972
Esser	Schuldrecht 2.Aufl.Karlsruhe 1960 Schuldrecht Allgemeiner Teil 4.Aufl.Karlsruhe 1970 Schuldrecht Besonderer Teil 4.Aufl.Karlsruhe 1971
Fabricius/ Nordenflycht/ Bindhardt	Kommentar zur GOA Gebührenordnung für Architekten vom 13.10.50 7.Aufl.Düsseldorf 1970
Fikentscher	Schuldrecht 3.Aufl.Berlin 1971
Finnern	Taschenbuch der Bauwirtschaft 4.Aufl.Düsseldorf 1964
Flume	Eigenschaftsirrtum und Kauf Münster 1948
Förster/Eccius	Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preußischen Privatrechts
	7.Aufl.Berlin 1896 f
Freund/Barthelmess	Eigentumsverletzung durch Baumängel?
	NJW 1975,281 ff
Frisch, Walter	Die Ansprüche auf Wandlung und Minderung beim Werkvertrage nach BGB mit Rücksicht auf das gemeine und Preußische Recht
	Diss.iur.Rostock 1901/02
Ganten	Pflichtverletzung und Schadensrisiko im privaten Baurecht Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht Band 81 Bielefeld 1974
	Neue Ansätze im Architektenrecht? NJW 1970,687 ff
Gerold/Schmidt,BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung 4.Aufl.München 1970
von Gierke III	Deutsches Privatrecht 3.Band Schuldrecht Systematisches Handbuch der Rechtswissenschaft 2.Abteilung, 3.Teil, 3.Band München 1917

Glaser	Das Architektenrecht in der Praxis 2.Aufl. Herne 1971
	Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn NWB Fach 19,627 ff
	Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn B 1968,968 ff
	Die Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn ZfV 1971,178 ff
	Haftung des Bauunternehmers für Baumängel NWB Fach 19,547 ff
	Haftung des Bauunternehmers für Baumängel Bauamt und Gemeindebau 1966,238 ff
Glaß	Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt Berliner Juristische Abhandlungen Band 2 Berlin 1959
Goetz	Sachmängelbeseitigung beim Kauf Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht Band 9 Bielefeld 1960
Goldmann/Lilienthal	Das Bürgerliche Gesetzbuch Erster Band 2.Aufl.Berlin 1903
Graba	Die Rechtsnatur des Fertighausvertrags MDR 1974,975 ff
Graue	Der Montagevertrag AcP 163(1963)401 ff
Grunsky	Neue Literatur und Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Juristische Analysen 1969,87 ff (ZR 19 ff)
Gschnitzer	Lehrbuch des Österreichischen Rechts
BT	Band 2 Schuldrecht Bes.Teil und Schadenersatz Wien 1963
AT	Band 3 Schuldrecht Allg.Teil Wien 1965
Guhl/Merz/Kummer	Das Schweizerische Obligationenrecht 6.Aufl.Zürich 1972
Gursky	Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Geschäftsführung ohne Auftrag in der neueren Rechtsprechung Juristische Analysen 1969,103 ff (ZR 35 ff)

Haack	Mißstände im geltenden Anzeigenrecht JW 1933,2807 f
Haase	Anmerkung zu BGH v.10.11.71 JR 1972,198 f JR 1972,199 f
Habscheid	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht , Band 1 Bielefeld 1956
Hachenburg	Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte Band 64 Mannheim 1898 S.176,186,203,214,234,248 ff
Hachmeister	Der Inseratvertrag als Werkvertrag Leipzig 1928
Hack, Harald	Die Rechtsnatur des Architektenvertrages Diss.iur.Köln 1964
Häring	Der Architektenvertrag und seine Rechtsprobleme Neuwied 1969
	Der Fertighausbau und seine Rechtsprobleme Neuwied 1968
Hafferburg	Die neuen Bedingungen für die Architektenhaftpflichtversicherung VersR 1964,463 ff
Hanausek	Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach römischen und gemeinen Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts Abtheilung 1,2 Berlin 1883 - 87
Heiland	Gewährleistungspflicht des Unternehmers Der Bau und die Bauindustrie Beilage Baubetriebswirtschaft/Baurecht 1964,45 f
Heimann-Trosien	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung für Sachmängel nach der Verdingungsordnung für Bauleistungen(VOB) WPM 1968,1002 ff

Hellwig	Anspruch und Klagerecht Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches Band 5,1 Jena 1900
Herde	Haftung und Gefahrtragung im Bauvertrag Schriftenreihe der "Neuen Bauwelt" Berlin 1951
Herding/Schmalzl	Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen 2.Aufl.München und Berlin 1967
Hereth/Ludwig/ Naschold	Kommentar zur VOB Band II Erläuterungen zu Teil B Wiesbaden und Berlin 1954
Herholz	Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung AcP 130(1929) 257 ff
Herold	Die Verdingungsordnung für Bauleistungen und ihr Einfluß auf den Bauvertrag BlGBW 1955,69 ff
	Verjährung im Bau- und Architektenrecht BlGBW 1966,186 ff
Hess	Die Haftung des Architekten für Mängel des errichteten Bauwerks Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht Band 40 Bielefeld 1966
Hesse	Welche Bestimmungen der VOB sind rechtsunwirksam ? BB 1973,546 ff
	Der Einheitsarchitektenvertrag und die geplante Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen BauR 1975,81 ff
Heyers	Ausgleich zwischen Bauunternehmer und Architekt bei Bauwerksmängeln Der Bau und die Bauindustrie Beilage Baubetriebswirtschaft/Baurecht 1966,49
Gautschi	Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff SJZ 1974,21 ff

HGB-RGRK-Bearbeiter Großkommentar HGB	Handelsgesetzbuch Großkommentar begründet von Hermann Staub weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts Band IV
	3.Aufl.Berlin 1970
Hochstein/Jagenburg	Arge-Vertrag.Kommentar unter besonderer Berücksichtigung des Mustervertrages 1971 der Deutschen Bauindustrie Düsseldorf 1974
Hoen	Die Sorgen des Bauherrn München 1969
Hoeniger	Die gemischten Verträge in ihren Grundformen Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge Band 1 Mannheim und Leipzig 1910
Hörter	Der finanzierte Abzahlungskauf Geschäftsformen und Rechtsfragen der bankmäßigen Teilzahlungsfinanzierung Sammlung Gehlen Band 10 Bad Homburg vor der Höhe 1969
Hofmann	Gewährleistungsansprüche des Erwerbers eines Grundstücks bei einem vom Veräußerer darauf zu errichtenden Bauwerk BlGBW 1973,225 ff
Hoppmann	Die Haftung und der Vergütungsanspruch des Architekten Recht und Wirtschaftspraxis Heft 887 v.25.7.1973 S.9 ff = 2 BürgR Architekt und Bauherr I,1
Hübner/Drost	Ärztliches Haftpflichtrecht Berlin 1955
Huhn	Probleme des Werkvertragsrechts (unter besonderer Berücksichtigung der Reiseveranstaltungsverträge) in: Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht) S.100 ff Vahlens Rechtsbücher Reihe Zivilrecht Band 3 München 1974
	Der Bauvertrag in: Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht) S.123 ff Vahlens Rechtsbücher Reihe Zivilrecht Band 3 München 1974

Ingenstau/Korbion	VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A und B DIN 1960/61 (Fassung 1973) 7.Aufl.Düsseldorf 1974
	VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A und B DIN 1960/61 (Fassung 1952) 6.Aufl.Düsseldorf 1971
Isler, Ivan August	Die Verantwortlichkeiten des Unternehmers nach Werkvertragsrecht Diss.iur.Basel 1955 (Maschinenschrift)
Jäggi	Bemerkungen zu einem Urteil über Architektenvertrag SJZ 1973(69) 301 ff
Jakobs	Die Schadenersatzpflicht des Unternehmers wegen mangelhafter Werkleistung in ihrem Verhältnis zur Wandlung und Minderung JuS 1974,341 ff
	Die Rechtsstellung des Käufers bei einem vom Verkäufer zu vertretenden Mangel der Kaufsache - BGH NJW 1972, 155 JuS 1972,377 ff
Jeske, Walter	Der Leistungsort bei der Wandlung Diss.iur.Göttingen 1931
Josef	Der Einfluß beiderseitigen Verschuldens auf den Vergütungsanspruch beim Werkvertrag RheinZ 1910(2) 206 ff
	Der Anzeigenvertrag LZ 1929(23)Sp.1020 ff
Jüttner	Kritische Bemerkungen und Anregungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag ZRP 1974,181 ff
Kapfer	ABGB Manzsche Große Gesetzesausgaben Band 2 29.Aufl.Wien 1972
Kaehler	Bereicherungsrecht und Vindikation Schriften zum deutschen, europäischen Zivil-, Handels-,Prozeßrecht Band 70 Bielefeld 1972 zugleich Diss.iur.Göttingen 1971

Kaser	Das römische Privatrecht Erster Abschnitt Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht 2.Aufl.München 1971 Handbuch der Altertumswissenschaften X,3,3,1
Keßler	Über die Eigentumsverhältnisse an zur Disposition gestellten Waren in: Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25 jährigen Bestehen der Handelshochschule Berlin S.97 ff Berlin 1931
Kirchner	Rechtliche Probleme bei Ingenieurverträgen BB 1971,67 ff
Klang/Bearbeiter	Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Heinrich Klang und Franz Gschnitzer 2.Aufl.Wien 1948 ff Band 2 §§ 285 - 530 1948 - 1950 Band 4,1 §§ 859 - 1044 1951 - 1968 Band 4,2 §§ 1055 - 1089 1965 - 1972 Band 5 §§ 1090 - 1292 1949 - 1954
Klauser, Karl-August	Aufwendungsersatz bei Neubauten und werterhöhenden Verwendungen auf fremdem Grund und Boden Zum Problem der aufgedrängten Bereicherung NJW 1965,513 ff
Klauser, Peter	Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen Zürich 1973
Klimke	Die Haftung aus dem Reisevertrag unter Berücksichtigung der Allgemeinen Reisebedingungen ZfV 1974,428,467,500 ff
Knappich, Sigmund	Wandelung und Minderung beim Werkvertrag Diss.iur.Erlangen 1912
Knop	Hauseigentümer und Bauvertrag Haus und Wohnung 1951,384
Koch	ALR für die Preußischen Staaten 8.Aufl. 1.Band Berlin 1884
Koebel, Alfred	Die Nichterfüllung aus Werkvertrag Diss.iur.Basel 1922

Köderitz, Erich	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen Baugewerbe unter besonderer Berücksichtigung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Diss.iur.Würzburg 1955 (Maschinenschrift)
Koller	Aufgedrängte Bereicherung und Wertersatz bei der Wandlung im Werkvertrags- sowie Kaufrecht B 1974, 2385 ff, 2558 f
Koppin	Die Verantwortung bei Bauten Berlin, Wien und Leipzig 1941
Korintenberg	Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage Köln 1935
Kornicker, Heinrich	Theorie und Praxis des Werklieferungsvertrages im deutschen und französischen Recht Diss.iur.Bonn 1964
Krasnopolski/Kafka	Lehrbuch des österreichischen Privatrechts Band 3 Österreichisches Obligationenrecht hrsg.u.bearbeitet von Kafka München,Leipzig und Wien 1910
Kreß II	Lehrbuch des besonderen Schuldrechts Berlin 1934
Krückmann, Gewährschaft	Gewährschaft, Gefahrtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht Beihefte der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht Band 9 Stuttgart 1936
	Wandlung und Minderung als Anerkenntnis ZHR 82(1920) 361 ff
Krüger, Bernd-Dietmar	Die Vereinbarung der Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens beim Erwerb eines neuen Kraftfahrzeuges Diss.iur.München 1968
Krukenberg, Hartmut	Der Architektenvertrag Diss.iur.Tübingen 1967
Kühn/Kutter	Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung 11.Aufl. Stuttgart 1974
Kürzel	Haftung des Handwerkers bei Verwendung minderwertigen Materials zur Errichtung oder Instandsetzung eines Baues BlGBW 1961,230 f

Kuhn	Zur Frage der Wandlung bei Bauleistungen nach der VOB NJW 1955,412
Kulka	Die Gewährleistung als Mittel des Verbraucherschutzes JurBl 1974,356 ff
Kupisch	Konstruktionsprobleme der Wandlung im BGB AcP 170(1970) 479 ff
Lammel	Verträge auf Interessenwahrung in: Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht) Vahlens Rechtsbücher Reihe Zivilrecht Band 3 München 1974
Langheineken	Anspruch und Einrede nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch Leipzig 1903
Larenz, Methodenlehre	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2.Aufl.Berlin 1969 3.Aufl.Berlin 1975
Larenz I,II	Lehrbuch des Schuldrechts I. Band Allgemeiner Teil II. Band Besonderer Teil 1.Aufl.München 1953 2.Aufl.München 1957 10.Aufl.München 1970/1972
Laufs	Anmerkung zu OLG Karlsruhe ZS Freiburg v. 30.10.64 NJW 1965,111 NJW 1965,1232
Laufs/Schwenger	Der Schadenersatzanspruch des Bestellers beim Werkvertrag: Inhalt, Verjährung, Beweislast NJW 1970,1817 ff
Lechner	Das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894 Mit Erläuterungen und Sachverzeichnis von Oskar Lechner München 1932
Lehmann/Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches Berlin 1966
Lehning	Die neue Verdingungsordnung für Bauleistungen BBauBl 1953,154 ff
	Die Verdingungsordnung für Bauleistungen NJW 1953,772 f
Leonhard	Das Schuldrecht des BGB Zweiter Band Besonderes Schuldrecht des BGB Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft 10.Abt., 2.Teil, 2. Band München 1931

Leonhard	Verschulden beim Vertragsschluß Berlin 1910
Leser	Die Erfüllungsweigerung Ein Typ der Leistungsstörungen in: Ius Privatum Gentium Festschrift für Max Rheinstein Band II S.643 ff Tübingen 1969
	Der Rücktritt vom Vertrag Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsrecht ungedruckte Habilitationsschrift Freiburg 1968 zitiert nach: Staudinger/Kaduk 10./11.Aufl.Band II Teil 1 d Lfg 2 Berlin 1972 S.182 ff
	Die Vertragsaufhebung im Einheitlichen Kaufgesetz in: Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht hrsg. von Leser und Marschall Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 35 Karlsruhe 1973
Levy, Julius	Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag Diss.iur. Erlangen 1903
Locher	Baubetreuungsrecht unter Einschluß des Rechts der Bauträgerschaft Düsseldorf 1973
Lotmar II	Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches 2.Band Leipzig 1908
Ludwigs/Ludwigs	Das Baugewerbe Vertragsrecht und Haftung Köln 1960
	Der Architekt Vertragsrecht, Haftung, Gewährleistung Köln 1964
Luig	Der Arztvertrag in: Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht) Vahlens Rechtsbücher Reihe Zivilrecht Band 3 München 1974
Marcusen	Vergleichende Darstellung des Schweizerischen Obligationenrechts und des Rechts der Schuldverhältnisse im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ZBJV 1884(25) 543 ff

Marx, Lorenz	Der Rücktrittsvorbehalt und seine Wirkungen im deutschen, französischen, schweizerischen und österreichischen Recht Diss.iur. Greifswald 1919 gedruckt als Rechtsvergleichende Einzeldarstellungen im internationalen Privatrecht hrsg.v.H.Kamps Heft 22 Berlin o.J.(1922)
Mattern	Allgemeine Geschäftsbedingungen und sonstige Formularklauseln in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs WPM 1974,762 ff
Medicus	Bürgerliches Recht 6. Aufl. Köln 1973
Meister	Das Recht des Architekten Berlin 1939
Merz	Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht Festschrift für Guhl Zürich 1950 S.87 ff
Meyer-Wild	Der Werkvertrag des Obligationenrechts als selbständiger Vertrag SJZ 1918(15)163 ff
Mezger	Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen Sache JZ 1953,67 ff
Mot II	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band II Recht der Schuldverhältnisse Berlin 1888
Müller, Klaus	Zum Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers B 1969,1493 ff
Müller, Klaus	Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren Frankfurt/Main 1973
Nemes	Ein Beitrag zur Lehre vom Lieferungskauf DJZ 1914(19)Sp.562 f
Nemmich	Zivil- und strafrechtliche Baumängel DWArch 1929 Sp.352 ff
N.N.	Erörterungen von Rechtsfragen für Architekten und Bauunternehmen BlGBW 1972,128 ff
Neuenfeld	Handbuch des Architektenrechts Loseblatt Stuttgart 1969 ff Stand März 1973
Neumann-Duesberg	Verlängerter Eigentumsvorbehalt des Baustofflieferanten an eingebauten Baustoffen insbesondere auf Grund allgemeiner Geschäftsbedingungen B 1965, 1845 ff

Oertmann	Bauwerk und Bauwerkvertrag ArchBR 38(1913)169 ff
	Die Bedeutung der Rücktrittserklärung SeuffBl 69(1904)65 ff
	Zur Lehre vom Lieferungskauf DJZ 1914(19)Sp.278 ff
	Wandlung beim Werkvertrag Das Recht 1920,Sp.153 ff
	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen Band 2 Schuldverhältnisse 5.Aufl.Berlin 1929
Ofner	Der Urentwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches Band II Wien 1889
Ortmayer, Erwin	Die Mängelgewähr beim Werkvertrag Diss.iur.Heidelberg 1910
Oser/Schönenberger	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.Band Das Obligationenrecht 1.Halbband Allg. Teil 2.Aufl.Zürich 1929 2.Halbband Die einzelnen Vertragsverhältnisse 2.Aufl.Zürich 1936
Ostler/Weidner	Abzahlungsgesetz 6.Aufl.Berlin 1971
Otto	Gemeinsame Haftung von Architekt und Bauunternehmer Der Bau und die Bauindustrie Beilage Baubetriebswirtschaft/Baurecht 1965,13
Palandt/Bearbeiter	Bürgerliches Gesetzbuch Beck'sche Kurzkommentare Band 7 9.Aufl.München 1951 12.Aufl. " 1954 28.Aufl. " 1969 29.Aufl. " 1970 30.Aufl. " 1971 32.Aufl. " 1973 33.Aufl. " 1974 34.Aufl. " 1975
Pfersche	Die Irrtumslehre des Österreichischen Privatrechts mit Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Graz 1891
Pfistner	Kauf eines Neuwagens mit Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens MDR 1968,361 ff

Pieper	Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung JuS 1962,409 ff,459 ff
Pisko, Gewährleistung	Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware 2.Aufl.Wien und Leipzig 1926
Pisko, Handelsrecht	Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechts Wien 1923
Planck/Bearbeiter	Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz II.Band Recht der Schuldverhältnisse 1.Hälfte Allgemeiner Teil 4.Aufl.Berlin 1914 2.Hälfte Besonderer Teil 4.Aufl.Berlin 1928
Prot I,II,VI	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Band 1 Berlin 1897 Band 2 " 1898 Band 6 " 1899
Raape	Probleme der Wandlung und Minderung in: Festschrift für Heinrich Lehmann Berlin 1937 S.160 ff
Rabel	Das Recht des Warenkaufs Eine rechtsvergleichende Darstellung 2.Band Berlin und Tübingen 1958
Reber	Der Werkvertrag im Baugewerbe in: Der Schweizerische Hauseigentümer 1962 Nr.17 - 23 S.215 ff
Reinicke	Besprechung Larenz Lehrbuch des Schuldrechts II.Band Besonderer Teil 8.Aufl.München 1967 NJW 1968,785
Rehbein/Reinicke	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten Band 1 4.Aufl.Berlin 1889
Riedel/Sußbauer	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte Kommentar 3.Aufl.München 1973
Rieger	Zum Honoraranspruch bei mißglückter Schönheitsoperation DMW 1974,2068
Rietschel	Anmerkung zu BGH v. 29.10.1964 LM § 13 VOB Teil B Nr. 8
Riezler	Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Abhandlungen zum Privat- und Civilprozeßrecht des Deutschen Reiches Band IV,4 Jena 1900

Riezler	Der Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung RabelsZ 1952(17)522 ff
Rocholl	Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts besprochen Band 1 und 2 Breslau 1883,1890
Rohlff	Anmerkung zu BGH v. 10.11.1971 NJW 1972,155 NJW 1972,575
Roquette	Anmerkung zu RG v. 14.5.1935 JW 1935,2199 Nr.4 JW 1935,2201
Rosenberg/Schwab	Zivilprozeßrecht 11.Aufl.München 1974
Rosenthal/Bohnenberg	BGB 15.Aufl.Köln 1965
Ross	Das Werkmängelrecht der Verdingungsordnung für Bauleistungen Berlin 1930
Roth/Gaber	Kommentar zum Vertragsrecht und zur Gebührenordnung für Architekten 10.Aufl.Gütersloh 1970
Rümelin	Dienstvertrag und Werkvertrag Tübingen 1905
Santner	Ein Problem des Wandlungsanspruchs ÖJZ 1973,514 f
Schaumburg, Heide	Sachmängelgewährleistung und vorvertragliches Verschulden § 463 BGB und culpa in contrahendo Köln 1974
	Haftung des Verkäufers für fahrlässige Falschangaben bei Kaufabschluß ? - Zum "neueren" System der §§ 459 ff BGB MDR 1975,105 ff
Scheffler	Berufshaftpflicht und Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts in Anwaltsverzeichnis 1968,107 ff
Schindler	Die aufgedrängte Bereicherung beim Ersatz von Impensen AcP 165(1965) 499 ff
Schlatter, Hermann	Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag insbesondere für Werkmängel nach Schweizerischem Recht Diss.iur.Bern 1934
Schlegelberger/ Vogels/ Bearbeiter	Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band II Berlin 1939
Schlosser	Peremptorische Einrede und "Ausgleichszusammenhänge" JZ 1966,428 ff

Schmalzl	Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers 2.Aufl.München 1972 Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift Heft 4
	Die Gewährleistungsansprüche des Bauherrn gegen den Architekten NJW 1967,10 ff
	Die Gewährleistungsansprüche des Bauherrn gegen den Bauunternehmer NJW 1965,129 ff
	Zur Rechtsnatur des Statikervertrages MDR 1971,349 ff
	Zur Verjährung des Vergütungsanspruchs der Bauhandwerker nach der VOB/B NJW 1971,2015 ff
	Anmerkung zu BGH v. 23.11.1961 NJW 1962,390 NJW 1962,735 f
Schmidt, Gerold	Textilreinigungs- und Kleidungsschadensrecht München 1969
Schmidt, Hans Wolfgang	Fragen des Gebrauchtwagenkaufs DAR 1964,201 ff
	Gewährleistung nach § 13 VOB Teil B MDR 1963,263 ff
	Aus der Rechtsprechung des BGH zum Bau- und Architektenrecht MDR 1973,543 ff
	Aus der Rechtsprechung des BGH zum Bau- und Architektenrecht MDR 1974,636 ff
	Die Rechtsprechung des BGH zum Bau-, Architekten- und Statikerrecht WPM 1974,294 ff
Schmidt-Salzer	Allgemeine Geschäftsbedingungen München 1971 Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift Heft 11
	Formularmäßige Gewährleistungsregelungen NJW 1969,718 ff
	Die Bedeutung der Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bauunternehmer, Architekten, Bauherrn und insbesondere für die öffentliche Hand Beilage 1/1973 zu BB 1973 Heft 3

Schöller	Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miethe und Dienstvertrag nach dem BGB Gruch 46(1902) 1 ff, 253 ff
Schollmeyer	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band II Das Recht der Schuldverhältnisse 1.Hälfte Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse (§§ 241 - 432) München 1900
	Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche 2.Aufl.Berlin 1904
Schubert	Anm.zu BGH v. 7.3.1974 JR 1974,421 JR 1974,422 ff
Schubert	Deutsches Kaufrecht Berlin 1937
Schubiger, Alfred	Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht genügenden Erfüllung Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Neue Folge Band 325 Bern 1957
Schütt	Anm.zu RG v. 7.10.1905 SA 61 Nr.29 SA 61 S.49 Fn.1
Schulz, Dieter	Der Architektenvertrag Diss.iur.Köln 1965
Schumann/Geißinger	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte (BRAGebO) Großkommentar 1. Band (§§ 1 - 82) 2.Aufl. Berlin 1972 ff
Seckel	Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts in: Festgabe für Richard Koch Berlin 1903 S.205 ff
Seesemann, H.	Wie verjähren Gewährleistungsansprüche bei Bauwerken ? BlGBW 1966,178 f
Seesemann, H.u.H.	Die Abnahme von Bauleistungen und ihre weittragenden Folgen BlGBW 1964,57 f
	Die Verjährung der Gewährleistung bei Bauarbeiten und ihre Verhinderung BlGBW 1966,188 f
Siber	Schuldrecht Leipzig 1931 Grundriß des Deutschen bürgerlichen Rechts Band 2

Simons, Rainer	Die Mängelhaftung im Werkvertrage Diss.iur.Würzburg 1927
Singer	Die Vergütung an Bauunternehmer SeuffBl 71(1906)461 ff
Soergel/Bearbeiter	Soergel/Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 10.Aufl.Stuttgart 1967 ff Band 1 Allg.Teil (§§ 1 - 240) 1967 Band 2 Schuldrecht 1 (§§ 241 - 610) 1967 Band 3 Schuldrecht 2 (§§ 611 - 853) 1969 Band 4 Sachenrecht (§§ 854 - 1296) 1968 9.Aufl. 1959 ff Band 2 Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433 - 853) 1962
Späth	Das Recht des Steuerberatervertrages DStR 1966,91 ff
Stark, Felix	Die Vertragsrechte der Handwerker aus Geschäften mit Lieferanten und Kunden einschließlich der Rechtsverhältnisse der Bauhandwerker nach der VOB Wegweiser für Handwerker, Kunden und Lieferanten Berlin 1970
Stark, Wilhelm	Die Aufhebung des Bauwerkvertrages und die Sicherung der Forderungen der Unternehmer gem. § 648 BGB Diss.iur.Breslau 1929 Die Durchführung der Wandlung beim Bauwerkvertrage JW 1929,1727 f
Staub/Bearbeiter	Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch 14.Aufl.Berlin und Leipzig 1932 ff 4.Band §§ 376 - 473 1933
Staudinger/ Bearbeiter	J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen II.Band Recht der Schuldverhältnisse Teil 1 §§ 241 - 432 9.Aufl. Berlin 1930 11.Aufl.Berlin 1954 ff II. Band Teil 1 b § 242 1961 Teil 1 c §§ 249-327 1967 Teil 1 d Lfg 2 §§ 336-386 1972 Teil 2 §§ 433-610 1955 Teil 3 §§ 611-704 1958
Stein/Jonas/ Bearbeiter	Kommentar zur Zivilprozeßordnung 19.Aufl. Tübingen 1964 ff

Stieff	Bauherr und Bauunternehmer Das Recht des Bauvertrages nach dem BGB undder VOB Berlin 1937
Stitzel	Mißstände im geltenden Anzeigenrecht JW 1934,327 ff,821
Stötter	Die Nachbesserungspflicht als einzige Sachmängelgewährleistung des Lieferanten B 1969,647 ff
Stoll, Heinrich Diss.	Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts Diss.iur.Bonn o.J.(1921) (Maschinenschrift)
Habil	Rücktrittsvereinbarungen nach römischem und bürgerlichem Recht Habilitationsschrift Heidelberg o.J. (1922) (Maschinenschrift)
	Haftung für Verhalten während der Vertragsverhandlungen L Z 1923 Sp.532 ff
	Anmerkung zu RG v. 11.10.1927 JW 1928,57 Nr.8 JW 1928,58
	Rücktritt und Schadensersatz AcP 131(1929) 141 ff
Leistungsstörungen	Die Lehre von den Leistungsstörungen Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht Schriften der Akademie für Deutsches Recht Gruppe XIII, 1 Heft 10 Tübingen 1936
Stoll, Werner	Allgemeine Geschäftsbedingungen Kritische Anmerkungen zum Referentenentwurf B 1975,92 ff
Stritzke	Mißstände im geltenden Anzeigenrecht JW 1934,821
Strohal	Zur Beurtheilung des Rechtes der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich IhJb 33(1894) 361 ff
Stüdemann	Haftungsregelung im Bauvertragsrecht BlGBW 1972,207
Stumpf/Nath/ Schilling	Formularbuch für Verträge 3.Aufl.Köln 1960

Sünner, Wolfgang	Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gast, dem Speise- und Beherbergungsbetrieb und dem Reiseveranstalter bei Veranstaltung von Gesellschaftsreisen Diss.iur.Hamburg 1968
Swoboda	Das österreichische ABGB Eine systematische Darstellung Dritter Teil Das Recht der Schuldverhältnisse 2.Aufl.Wien 1944
Tempel	Der Architektenvertrag in: Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht) Vahlens Rechtsbücher Reihe Zivilrecht Band 3 München 1974
Thielmann	Probleme der Nachbesserungsklausel beim Kauf in: Sein und Werden im Recht Festgabe für Ulrich v. Lübtow Berlin 1970 S.701 ff
	Schadensersatz und Nutzungen bei der Wandlung - Fragen des Haftungsbeginns und der Aufrechnung - VersR 1970,1069 ff
Thier	Die zivilrechtliche, steuerrechtliche und steuerstrafrechtliche Haftung des Steuerberaters Stuttgart 1955
Todt	Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht Band 21 Heidelberg 1970
von Tuhr	Streifzüge im revidierten Obligationenrecht SJZ 18 (1921/22) 365 ff
Tuor/Schnyder	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch 8.Aufl.Zürich 1968
Tuor	6.Aufl.Zürich 1953
Ulrich	Der Fertighausbau BlGBW 1962,346
Vanoli, Italo	Die außerordentlichen Umstände im Bauvertragsverhältnis Diss.iur.Bern 1945
Voß	Probleme der Verdingungsordnung für Bauleistungen in: Probleme der Handwerkswirtschaft hrsg.v.W.F.Bruck und H.Weber Münster 1930

Wahl, Willi	Ansprüche des Werkbestellers, insbesondere bei zugesicherten Eigenschaften Diss.iur.Straßburg 1914
Wallner	Die Rechtsnatur des Steuerberatervertrages DStR 1969,375 ff
Walter, Arno P.	Der Werkvertrag und die Mängelhaftung des Herstellers nach den Rechtsordnungen des deutschen und französischen Sprachkreises Diss.iur.Saarbrücken 1966
Warneyer	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1.Band Tübingen 1932
Weber	Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) und BGB NJW 1958,1710 ff
Weigl	Die Mängelhaftung im Baugewerbe unter besonderer Berücksichtigung der Ö-Norm B 2110 ÖIZ 1956(22)147 ff
Weiß	Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch 2.Aufl.Prag 1927
Weitnauer	Neue Entscheidungen zum Abzahlungsgesetz NJW 1968,201 ff
	Vertragsaufhebung und Schadenersatz nach EKG und BGB in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Heidelberg Heidelberg 1967 S.71 ff
Wempe, Ernst	Der 'Erfüllungsort' beim Wandelungsanspruche Diss.iur.Greifswald 1911
Werneburg	Die Ansprüche gegen den Hersteller bei Mängeln des Bauwerks Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen, Anhalt 1935(12)193 ff = Die Ansprüche des Bestellers bei Mängeln des Bauwerks JR 1930,210 ff
	Das Baurecht im Privatrecht, in der Gewerbeordnung und im Reichsstrafgesetzbuch Stilke's Rechtsbibliothek Nr.70 Berlin 1928

Werner	Streitfragen aus dem Gebiet des Wandlungsrechts Das Recht 1902,282 ff, 338 ff
Werner	Anmerkung zu BGH v. 28.3.1952 NJW 1952,778 NJW 1952,930
Werner/Pastor	Rechtsfragen beim Bauen 2.Aufl.München 1973
Westermann	Sachenrecht Ein Lehrbuch 5.Aufl.Karlsruhe 1966
Weyer	Ansprüche des Bauherrn gegen den Architekten bei Ablehnung des Baugesuchs NJW 1967,1918
Wilhelm	Der Verzug mit der Nachbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung JurBl 1975,113 ff,177 ff
Wilts	§ 635 BGB und Deliktsansprüche VersR 1967,817 ff
Wilts	Die vertraglich vereinbarte Subsidiärhaftung des Architekten VersR 1967,6 ff
Windscheid/Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts II.Band 9.Aufl. Frankfurt/Main 1906 Neudruck Aalen 1963
Wittchen, Ralph	Der Baubetreuungsvertrag Die Ausweitung des Architektenvertrages auf die wirtschaftliche Abwicklung von Bauvorhaben Diss.iur.Hamburg 1968
Wolf, Alfred	Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf nach gemeinem Recht und BGB mit besonderer Berücksichtigung der actio redhibitoria und des Wandlungsanspruchs Diss.iur.Rostock 1905
Wolf, Ernst	Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden AcP 153(1954)97 ff
Wolff, Karl	Grundriß des österreichischen bürgerlichen Rechts 4.Aufl.Wien 1948
Wolff, Manfred	Die aufgedrängte Bereicherung JZ 1966,467 ff
Wolff, Max	Über den Umfang des Wandlungsanspruchs Gruch 48(1904)503 ff
Wolff/Crisolli	Der Reklamevertrag Berlin 1929

Wüster	Die prothetische Behandlung von Krankheiten NJW 1957,689 f
Wunner	Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel AcP 168(1968)425 ff
Wussow, H.	Die Baumängelhaftung nach der VOB NJW 1969,953 ff
	Die Haftung des Bauunternehmers bei der Bauausführung 3.Aufl.Köln 1971
	Rechtslexikon für das Bauwesen Köln-Braunsfeld 1965
Zivilrecht der DDR	Das Zivilrecht der DDR Schuldrecht Besonderer Teil Berlin 1956
Zweigert	Zur Methode der Rechtsvergleichung Studium Generale 1960,193 ff
von Zeiller	Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie Wien und Triest 1811 ff

Abkürzungen

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band (Jahr) u. Seite)
ArchBR	Archiv für bürgerliches Recht (Band (Jahr) u. Seite)
B	Der Betrieb (Jahr u. Seite)
BadRPrax	Badische Rechtspraxis (ab 1900) und Annalen der (bis 1918 Großh.) Badischen Gerichte (Jahr u. Seite)
BauR	Baurecht (Jahr u. Seite)
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Jahr u. Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr u. Seite)
BBauBl	Bundesbaublatt (Jahr u. Seite)
Beil	Beilage
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht (Jahr u. Seite)
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Band (Jahr) u. Seite)
DAR	Deutsches Autorecht (Jahr u. Seite)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Jahr (Jahrgang) u. Spalte)
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr u. Seite)
DRspr	Deutsche Rechtsprechung Entscheidungssammlung und Aufsatzhinweise
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr u. Seite)
DWArch	Deutsches Wohnungsarchiv (Jahr u. Seite)
ElsLothZ	Juristische Zeitschrift für (bis 1911: das Reichsland) Elsaß-Lothringen (Band (Jahr) u. Seite)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, seit 1946 enthalten in der ÖJZ (Jahr u. Nr.)
GlU(GlUNF)	Glaser/Unger, Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k.u.k. obersten Gerichtshofs (Neue Folge)
GOA	Gebührenordnung für Architekten
GS	Großer Senat

Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band (Jahr) u. Seite)
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut (Band (Jahr) u. Seite)
HansRG	Hanseatische Gerichtszeitung (1880 - 1927) dann Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift (Jahr u. Seite)
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichtshöfe in Zivilsachen (Band u. Seite)
HG	Handelsgericht (Schweiz)
HoldhMonSchr	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begründet von Holdheim (Jahr (Band) u. Seite)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr u. Nr.)
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen hrsg. von Stanzl, fortgeführt von Friedl
HW	Haus und Wohnung (Jahr u. Seite)
IhJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band (Jahr) u. Seite)
JDR	Jahrbuch des Deutschen Rechts (Band u.S.)
JMBlNRW	Justizministerialblatt Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau (Jahr u. Seite)
JurBl	Juristische Blätter (Wien) (Jahr u. Seite)
JurA	Juristische Analysen (Jahr u. Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr u. Seite)
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg (Jahr u. Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr u. Seite)
KG	Kammergericht (Berlin)
KG	Kantonsgericht (Schweiz)
KGBl	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts (Jahr u. Seite)
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnr.)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr (Band) u. Seite)

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MecklZ	Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft (Band (Jahr) u. Seite)
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege (Jahr u. Seite)
NJ	Neue Justiz (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
NMW	Neue Wirtschaftsbriefe (Fachnr. und Seite)
OG	Obergericht (Schweiz)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
ÖIZ	Österreichische Immobilienzeitung (Jahr (Band) u. Seite)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLG	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band u. Seite)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr u. Seite)
PosMonSchr	Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern (Jahr (Band) u. Seite
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel (Jahr (Band) u. Seite)
Recht	Das Recht (Jahr u. Seite; 1906 - 1924 u.ab 1931 Jahr u. Spalte; Entscheidungen: Jahr u. Nr.)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band u. Seite)
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes (Jahr und Seite)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht auch Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (Band u. Seite)
RVBl	Reichsverwaltungsblatt (Jahr u. Seite)
SA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band u. Nummer)
SächsAnn	Annalen des (bis 1918: Kgl.) Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden (Band (Jahr) u. Seite)

SächsArch	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß (Band (Jahr) u. Seite) Sächsisches Archiv für Rechtspflege (ab 1906) (Band (Jahr) u. Seite)
	Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt (ab 1924) (Band (Jahr) u. Seite)
Sch-F	Schäfer-Finnern, Rechtsprechung der Bauausführung, Werner-Verlag Düsseldorf
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Jahr u. Seite)
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Band (Jahr) u. Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr u. Spalte)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Band (Jahr) u. Seite oder Jahr (Band) u. Seite)
SoergelsRspr	Soergels Rechtsprechung zum BGB,EGzBGB, CPO, Ko, GBO und RFG (Jahr, §,Nummer oder Jahr u. Seite)
SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
VersR	Versicherungsrecht Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr u. Seite)
Warn	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist, hrsg. von Warneyer (Band (Jahr), Nr. u. Seite)
WPM	Wertpapier-Mitteilungen Teil IV B (Jahr u. Seite)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Jahr (Band) u. Seite)
Zentralblatt	(Österreichisches) Zentralblatt für die juristische Praxis (Band (Jahr) u. Seite)
ZGB	(Schweizerisches) Zivilgesetzbuch v. 10.12.1907
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen (Jahr u. Seite)
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht (Band (Jahr) u. Seite)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr u. Seite)

Probleme der Rückabwicklung bei der Wandlung von Kauf-, Lieferungskauf-, Werklieferungs- und Werkverträgen unter Einbeziehung des österreichischen und schweizerischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung

Einleitung

Kauf-, Werklieferungs- und Werkverträge in allen ihren unterschiedlichen Formen spielen im heutigen Wirtschaftsleben eine bedeutende Rolle. Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der Wandlung dieser Verträge, einem der gesetzlichen Ansprüche des Käufers und des Bestellers wegen Mängel der erbrachten Leistung. Nach der Legaldefinition in § 462 und § 634 Abs. 1 S. 3 BGB bedeutet Wandlung "Rückgängigmachung des Vertrages." Die Durchführung der Wandlung beim Kauf richtet sich nach näherer Maßgabe des § 467 S. 1 BGB nach den für das vertragliche Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften; eine Ergänzung findet sich in § 467 S. 2 BGB. Auf die Wandlung beim Werkvertrag sind nach § 634 Abs. 4 BGB die meisten Vorschriften über den Kauf "entsprechend" anzuwenden. Der Rückgriff auf die Regelung des Kaufes erklärt sich daraus, daß das BGB die im römischen und gemeinen Recht in einigen Fällen vorgesehene Möglichkeit, den Kauf mit der actio redhibitoria rückgängig zu machen, auch auf den Werkvertrag überträgt. Bei der Wandlung sind zwei Problemkreise zu unterscheiden:

1. Die Durchsetzung der in § 462 und § 634 Abs. 1 S. 3 BGB vorgesehenen Wandlung im Hinblick auf § 465 und § 634 Abs. 4 i. V. m. § 465 BGB
   - Der Anspruch auf Wandlung -
2. Die Art und Weise der Rückgängigmachung, der Umfang der Rückgewährpflichten aus Wandlung gemäß § 467 und § 634 Abs. 4 i. V. m. § 467 BGB
   - Die Ansprüche aus Wandlung -.

Ob dem wandlungsberechtigten Käufer sofort ein Rückzahlungsanspruch zusteht oder ob sich der Verkäufer erst mit der Wandlung einverstanden erklären muß, war lange Zeit Gegenstand des Streites zwischen der Vertrags- und der Herstellungstheorie.

Heute ist man sich im wesentlichen darüber einig, daß dem Käufer sofort ein Rückzahlungsanspruch zusteht, wenn auch die Begründungen dafür verschieden sind. Der Streit, der unter der Überschrift "die Rechtsnatur der Wandlung" geführt wird, ist für die vorliegende Untersuchung nur dann von Bedeutung, falls er sich, je nach dem, wie man ihn entscheidet, auf den Umfang der Rückgewähransprüche in irgendeiner Form auswirkt. Das ist dann nicht der Fall, wenn sowohl die Vertragstheorie als auch die Herstellungstheorie sich darüber einig sind, daß die Wandlung auf dem Vertrag beruht und sich - neutral ausgedrückt - sowohl der Wunsch zu wandeln als auch das Verlangen nach Rückerhalt der erbrachten Leistungen auf den ursprünglichen Vertrag begründen, es sich also zumindest bei den Rückgewähransprüchen um vertragliche Ansprüche handelt beruhend auf dem ursprünglich geschlosssenen Vertrag und nicht etwa Ansprüche in Rede stehen aus einem Legalschuldverhältnis oder einem durch die §§ 346 ff BGB besonders ausgestaltetem bereicherungsrechtlichen Schuldverhältnis.

Von einer derartigen Einigkeit kann aber nicht gesprochen werden. Vielmehr wird das für den Bereich des Rücktritts gefundene Ergebnis ohne weiteres auf die Wandlung übertragen, obwohl die lediglich "entsprechend" anzuwendenden Bestimmungen der §§ 346 ff BGB dazu nicht zwingen, auf der anderen Seite aber auch nicht daran hindern. So nimmt die sogenannte Vertragstheorie in ihren verschiedenen Varianten an, daß erst durch einen den Kauf- oder Werkvertrag rückgängig machenden Vertrag oder durch einen richterlichen Gestaltungsakt entweder ein dem Rücktrittsschuldverhältnis entsprechendes Abwicklungsschuldverhältnis als legal- oder bereicherungsrechtliches Schuldverhältnis entsteht oder aber der ursprüngliche Vertrag in der Form eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses, das durch die §§ 346 ff BGB im einzelnen ausgestaltet wird, erhalten bleibt, sich in seiner Zielsetzung also von einem auf Erfüllung gerichtetes in ein auf Rückabwicklung gerichtetes Schuldverhältnis umwandelt. Da sich die Frage, ob es sich bei den Rückgewähransprüchen bei der Wandlung letztlich um vertragliche Ansprüche handelt, für den Umfang der Rückgewähransprüche von Bedeutung sein kann, ist auf den Theorienstreit

insofern einzugehen.

Hauptgegenstand der Ausführungen ist ein in der Literatur insbesondere in der zum Werkvertragsrecht nur wenig behandelter Fragenkreis: Die Art und Weise der Rückgängigmachung bei der Wandlung, also vor allem der Umfang der Rückgewähr, die Rückgewährpflichten der Beteiligten, m.a.W. die Durchführung der Wandlung. Das sind die Rückgewähransprüche (§ 467 S. 1 bzw. § 634 Abs. 4 i.V.m. § 346 BGB) und die Ansprüche, die den Beteiligten neben den Rückgewähransprüchen oder an deren Stelle zustehen (§ 467 S. 1 bzw. § 634 Abs. 4 i.V.m. § 347; § 467 S. 2; § 634 Abs. 4 i.V.m. § 467 S. 2 BGB), wobei sich die Ausführungen zu § 347 BGB auf die Nutzungen und Verwendungen und auf die Verschlechterung durch Gebrauch des Leistungsgegenstandes beschränken, um den Umfang der Arbeit nicht zu sprengen.

Beim einfachen Kauf gestaltet sich die Rückgewähr im allgemeinen ohne Schwierigkeiten: Der Käufer "gewährt" die fehlerhafte Sache gegen Erstattung des Kaufpreises zurück. Streitig werden insoweit in erster Linie mit der Rückgewähr der Leistung einhergehende Ansprüche wie z.B. die Entschädigung für die Gebrauchsvorteile der gekauften Sache. Dagegen stößt bei Werklieferungs- und Werkverträgen die Durchführung der Wandlung auf Schwierigkeiten, die sich aus der Natur dieser Vertragstypen ergeben. Ist beim Kauf und Lieferungskauf eine Sache geschuldet, so ist beim Werklieferungsvertrag im engeren Sinne und beim Werkvertrag ein Werk, ein Erfolg geschuldet. Eine Sache kann in der Regel leicht "zurückgewährt" werden. Das fertig gestellte Werk, der Erfolg, dagegen läßt sich nicht ohne weiteres wieder an den Unternehmer überstellen. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Unternehmer vertraglich verpflichtet war, das gelieferte Werk im Hause oder auf dem Grundstück des Bestellers aufzustellen, zu montieren oder einzubauen. Im Falle der Wandlung eines solchen Vertrages ist u.a. fraglich, ob der Unternehmer dieses Werk auf seine Kosten wieder wegzunehmen hat.

Hat der Unternehmer nur Zutaten geliefert (§ 651 Abs. 2 BGB), der Besteller aber den Hauptstoff bereitgestellt, so geht es bei der Wandlung um die Frage, ob der Unternehmer etwa verpflichtet ist, die Zutaten

zurückzunehmen, oder wie die Wandlung sonst durchzuführen ist. Zwar wird gerade für den Bereich der Bauverträge die Wandlung als unpraktikabel angesehen und soll nach überwiegender Ansicht für den Bereich der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) ausgeschlossen sein; aber es bleiben jedenfalls genügend Fälle aus dem privaten Baubereich übrig, bei denen die Frage nach dem Wie der Wandlung bedeutsam wird, vor allem dann, wenn dem Unternehmer kein für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches erforderliches Verschulden für die Entstehung des Mangels nachgewiesen werden kann.

Ist ein Verschulden nachweisbar, ist gleichwohl das "Wie" der Wandlung von Bedeutung, wenn der sogen. "grosse Schadenersatz" - Ablehnung des Werkes, die der Wandlung insoweit entspricht, und Schadenersatz - verlangt wird.

Da die einzelnen Vertragstypen verschiedene Pflichten beinhalten, wäre es eine interessante Aufgabe, die verschiedenen Mischformen zwischen Kauf- und Werkvertrag zu analysieren und an Hand von typischen Ausgestaltungen Differenzierungen zu finden und diese einzelnen Vertragstypen gegeneinander abzugrenzen. Um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, wird auf diesen Einordnungs- und Abgrenzungsversuch bewußt verzichtet. Das rechtfertigt sich sachlich mit der Erwägung, daß bei der Frage des Umfanges der Rückgewährpflichten bei der Wandlung ohnehin genau auf den Inhalt des Vertrages abzustellen ist, ohne daß es einer im Einzelfall durchaus zweifelhaften Einordnung in die im BGB vorgesehenen Vertragstypen "Kauf, Lieferungskauf, Werklieferungsvertrag, Werkvertrag" bedarf. Die Arbeit folgt zwar im wesentlichen der Einteilung nach den im BGB vorhandenen Vertragstypen, bei denen die Wandlung vorkommt. Die Einordnung der angeführten Beispiele unter diese Vertragstypen ist aber nicht als eine abschliessende anzusehen, was erforderlichenfalls deutlich gemacht werden wird.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist eine allgemeine Betrachtung der Wandlung. Nach einer kurzen Erörterung der Voraussetzungen für die Wandlung und ihre Geltendmachung wird der Umfang der Rückgewährpflichten bzw.

die Durchführung der Wandlung behandelt. Zunächst wird die Wandlung beim Kauf dargestellt. Von dieser Grundlage ausgehend werden dann im Hinblick auf die Verweisung auf die Wandlungsvorschriften beim Kauf die Besonderheiten der Durchführung der Wandlung beim Werklieferungsvertrag und beim Werkvertrag aufgezeigt.

Es folgen Länderberichte über die Durchführung der Wandlung bei den einzelnen Vertragstypen im österreichischen und schweizerischen Recht.

Ein Wort zur Heranziehung des ausländischen Rechts sei an dieser Stelle erlaubt: Die Berücksichtigung ausländischen Rechts erfolgt aus zwei Gründen. Einmal können verwandte Rechte für die Auslegung der deutschen Rechtsnormen nutzbar gemacht werden [1]. Die Lösungen des ausländischen Rechts vermögen die für das deutsche Recht gefundenen zu stützen, wenn sie übereinstimmen. Zum anderen tritt die Stellung des eigenen Rechts bei der Herausarbeitung der Unterschiede zum ausländischen Recht deutlich hervor. Einzelne Regeln der ausländischen Rechtsordnungen können freilich nicht sinnvoll miteinander verglichen werden. Vielmehr sind Gesamtregelungen, die eines "Lebensbereiches", die eines typischen Rechtsgebildes der Bearbeitung zugrunde zu legen [2]. Daher ist es an sich erforderlich, auf die Regelung des Kaufes und des Werkvertrages und seiner Abgrenzung voneinander in diesen Rechtsordnungen einzugehen. Es würde aber den Rahmen der Arbeit sprengen, das durchzuführen. Daher wird lediglich die Durchführung der Wandlung, soweit die Wandlung überhaupt bei den verschiedenen Vertragstypen im ausländischen Recht zulässig ist, unter dem Gesichtspunkt erörtert, die gefundenen Ergebnisse für das deutsche Recht fruchtbar zu machen. Auf eine Darstellung des Systems der jeweiligen Rechtsordnung hinsichtlich der der Wandlung unterworfenen Verträge muß daher verzichtet werden. Für die vorliegende Thematik können nur Rechtsordnungen in Frage kommen, die die Wandlung oder ein ihr entsprechendes Rechtsinstitut überhaupt kennen.

---

1) Zweigert Studium Generale 1960, 193 (194)
2) Larenz, Methodenlehre 2. Aufl. S.447; vgl. 3.Aufl. S. 224

Das sind insbesondere die Rechte, die wie das deutsche BGB die actio redhibitoria aus dem römischen Recht übernommen und weiter entwickelt haben. Dazu gehören in erster Linie das österreichische und das schweizerische Recht. Weil das französische Recht und die ihm folgenden Rechtsordnungen die Wandlung beim Werkvertrag nicht kennen, lediglich die Werklieferungsverträge den Kaufregeln unterstellen, wird auf die Einbeziehung des französischen Rechts bewußt verzichtet [3].

Nach einer Zusammenfassung schliesst sich ein Blick auf die gemischten Verträge an. Eine Abgrenzung der Wandlung, was ihre Auswirkungen anbelangt, zur Minderung und zum Schadenersatz erscheint insbesondere für den Bereich des Werkvertrages als angebracht, um zu zeigen, daß die gefundenen Lösungen mit dem System der Mängelhaftung im Einklang stehen. Eine Übersicht über den Ausschluss der Wandlung durch Allgemeine Geschäfts- und Lieferungsbedingungen (AGB und ALB) soll zeigen, daß die gefundenen Ergebnisse gleichwohl relevant bleiben. In diesen Zusammenhang gehört die sich anschliessende Erörterung, ob das Institut der Wandlung in der VOB/B einen Platz hat. Eine Zusammenfassung der Thesen befindet sich am Schluss.

1. Abschnitt

Das Institut der Wandlung im allgemeinen

A. Deutsches Recht

I. Geschichtliche Entwicklung

Die Wandlung im deutschen BGB hat ihren Ursprung im römischen Kaufrecht. Es handelt sich bei der Wandlung um eine Ausgestaltung der actio redhibitoria, gerichtet auf die Rücknahme der Kaufsache. Das BGB hat sie für das Kaufrecht übernommen und dann auf das Werkvertragsrecht übertragen.

Die actio redhibitoria entstammt ebenso wie die actio quanti minoris (im deutschen Recht entsprechen der letzteren der Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises und der Anspruch auf Herabsetzung der Vergütung, also die Minderung) dem Edikt der römischen

---

3) zumal insoweit eine eingehende Untersuchung vorliegt: Kornicker, Theorie und Praxis des Werklieferungsvertrages im deutschen und französischen Recht, Bonn 1964

Ädilen [1]. Die kurulischen Ädilen hatten die Jurisdiktion über Marktsachen inne und gaben diese Klagen zum Schutz des Käufers gegen Mängel der Kaufsache. Ursprünglich waren diese Klagen für Käufe von Sklaven und Zug- und Lasttieren (iumentum) geschaffen worden. Das Edikt hatte aber auch die Eviktionshaftung zum Inhalt. Neben diesen beiden Klagen hatte der Käufer auch die Möglichkeit, die actio empti (Kaufklage) zu erheben. Die privatrechtliche Bestimmung des ädilizischen Edikts wird bei Cicero [2] erwähnt. Den Äußerungen Ciceros ist zu entnehmen, daß zu seiner Zeit erst das Sklavenedikt proponiert war. Das Iumentumedikt ist also jüngeren Datums [3]. Diese Edikte stammen demnach etwa aus der ersten Hälfte des 1. Jahrhunderts vor unserer Zeitrechnung.

Im Bereiche des Werkvertrages des römischen Rechts, der locatio conductio operis, sind die beiden Klagen nicht zu finden. Das läßt sich damit erklären, daß der Werkvertrag im römischen Recht vom Kauf streng unterschieden wurde und zusammen mit der locatio conductio rei (Sachmiete) und der locatio conductio operarum (Dienstmiete) zu dem anders gearteten Vertragstyp der Miete gehörte. Auch im Geltungsbereich des gemeinen Rechts hat man das ädilizische Edikt auf Mietverträge, insbesondere auf die Werkmiete nicht angewandt [4]. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß zahlreiche Verträge, die nach heutigem Recht Werkverträge sind oder wenigstens dessen Regeln unterliegen, im römischen Recht dem Kauf zugeordnet wurden [5]: die Verträge, die (auch) Stofflieferungen des Unternehmers zum Gegenstand haben (im wesentlichen Werklieferungsverträge) mit Ausnahme der Bauverträge u.ä. (Akzession, Inädifikation), bei denen das Eigentum an den beschafften Stoffen nicht durch rechtsgeschäftliche Einigung, sondern im Wege des Realaktes überging. So gesehen waren

---

1) Riezler S. 117
2) de offic III 17 § 71 und 23 § 91
3) Hanausek S. 20 f
4) von Buchka S. 132
5) Kaser § 130 IV 1 mit Fn.33 S.548; § 132 V 1 S.570

beide Klagen wenigstens auf einen Teil der Werkverträge im heutigen Sinne anwendbar.

Das preussische Allgemeine Landrecht (ALR) brachte die Wende. Der Werkvertrag wurde erstmals von dem überlieferten Zusammenhang der Miete gelöst. Er wird nicht mehr als Vertrag über ein Geben zum Gebrauch behandelt, sondern als Vertrag über ein Tun, und zwar über Handlungen angesehen (I.11,§§ 925 - 980ALR). Das ALR gibt dem Besteller ein Rücktrittsrecht und ein Minderungsrecht. Auch das sächsische BGB enthält eine entsprechende Bestimmung in § 1247 [6].

Das BGB schliesslich hat den Werkvertrag als eigenen gesetzlichen Vertragstyp - losgelöst von der Miete - anerkannt und die ädilizischen Klagen nicht nur als die "altbekannten" [7] typischen Gewährleistungsansprüche bei Mängeln der Kaufsache auf das Kaufrecht und die mit dem Kauf verwandten Verträge (Lieferungskauf und Werklieferungsvertrag)übertragen. Das Wort "Wandlung" ist dabei nichts anderes als die Übertragung von redhibitio.

II. Der Anwendungsbereich der Wandlung im BGB

Aus dem Gesagten ergibt sich bereits,daß die Wandlung historisch gesehen im Kaufrecht beheimatet ist und beim Werkvertrag als dem Recht auf Nachbesserung subsidiäres Recht des Bestellers bei Mängeln des Werkes übernommen wurde. Die Wandlung ist ausserdem für den Werklieferungsvertrag vorgesehen.

III. Die Verweisungstechnik im BGB

Die Übertragung des Wandlungsrechts beim Kauf auf den Werkvertrag wird durch die Verweisung des § 634 BGB,

---

6) "Leidet das vom Übernehmer ausgeführte Werk oder die von ihm hergestellte Sache an Mängeln, oder ist die Bestellung vertragswidrig ausgeführt, so kann der Besteller Verbesserung oder Schadenersatz verlangen. Sind die Mängel wesentlich oder ist dergestalt gegen die Verabredung gehandelt worden, daß anzunehmen ist, der Besteller würde, wenn er dies vorausgesehen hätte, die Bestellung nicht gemacht haben, so kann er von dem Vertrage abgehen und Schadenersatz wegen dessen Nichterfüllung fordern."

7) Riezler S. 117

der die Wandlung beim Werkvertrag regelt, vorgenommen. Entsprechendes gilt für den Werklieferungsvertrag. § 651 BGB verweist auf die Kauf- oder Werkvertragsvorschriften. Auf eine eigene Ausgestaltung der Wandlung verzichtet das BGB mit Ausnahme des § 467 S. 2 BGB und verweist auf die Vorschriften des vertraglichen Rücktritts (§ 467 S. 1 BGB). Demnach sind für das hier behandelte Thema in erster Linie die Rücktrittsvorschriften maßgebend, so daß letztlich sie im Mittelpunkt der Arbeit stehen. Sie sind aber stets im Hinblick auf ihre Funktion als die Wandlung ausfüllende Vorschriften zu behandeln, also unter dem Gesichtspunkt des Sinns und Zwecks der Wandlung beim Kauf-, Werklieferungs- und Werkvertrag.

IV. Das unmittelbare Ziel der Wandlung

Um die rechtliche Natur der Wandlung beim Kauf und dementsprechend beim Werkvertrag [8] ist in der Literatur vor allem unter dem Gesichtspunkt gestritten worden, welches das unmittelbare Ziel des Wandlungs- (aber auch des Minderungs-) anspruchs ist. Es geht dabei um die innere rechtliche Konstruktion der Wandlung. Eine Lehrmeinung, die § 465 BGB für sich in Anspruch nimmt [9], verweigert dem Käufer, einseitig den Kauf rückgängig zu machen, sondern verlangt vom Verkäufer die Zustimmung zur Wandlung. Die theoretische Rechtfertigung der "Vertragstheorie" und der "Herstellungstheorie" stand lange Zeit im Mittelpunkt der Diskussion über die Gewährleistungsansprüche und ist auch heute noch nicht verstummt [10]. Wegen der Verweisung im Werkvertragsrecht auf das Kaufrecht hinsichtlich der Wandlung und der Minderung taucht dasselbe Problem beim Werkvertrag auf [11].

Die Rechtsprechung hat sich in ihren Entscheidungen stets einer Stellungnahme zu diesem Theorienstreit enthalten und die Wandlungserklärung im Ergebnis als Rück-

---

8) ausdrücklich von Gierke III § 201 S.695 Fn.39
9) vgl. Prot Bd 1 S.680, 709 f
10) Larenz II § 41 II S.45 ff einerseits; Kupisch AcP 170,479 ff und Reinicke NJW 1968,785 andererseits
11) RG v. 30.10.08 RGZ 69,385 ff

trittserklärung angesehen [12]. Selbst in einem Fall, in dem ausdrücklich auf Vollziehung der Wandlung geklagt war, nicht aber auf Rücknahme der Kaufsache, windet sich das Reichsgericht durch den Theorienstreit, ohne eine eigene Position zu beziehen [13].

Wie bereits in der Einleitung angedeutet, kann es für den Umfang der Rückgewährpflichten bei der Wandlung sehr wohl einen Unterschied machen, ob durch die Wandlung der Vertrag ex tunc oder ex nunc beseitigt wird und an seine Stelle schuldrechtliche Verpflichtungen bereicherungsrechtlicher oder nicht bereicherungsrechtlicher Art zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen, §§ 346 ff BGB, entstehen oder ob der ursprüngliche Vertrag in der Gestalt eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses bestehen bleibt oder ob der Wandlungsanspruch der Rückgewähranspruch selbst ist, sei es daß der Rückgewähranspruch wegen Wegfalls der causa ein bereicherungsrechtlicher ist, sei es, daß er ein gesetzlicher ist, ohne daß der Rückgewähr eine Gestaltung, Umwandlung oder Aufhebung des ursprünglichen Vertrages durch privaten Gestaltungsakt, contrarius actus oder Richterspruch vorauszugehen hat.

Zumindest auf die Begründung für einzelne Rückgewährpflichten wirkt sich der Theorienstreit auf jeden Fall aus: Denn drehen sich die Vertragspflichten bei der Wandlung entsprechend der für den vertraglichen und gesetzlichen Rücktritt mehr und mehr vertretenen Umwandlungslehre um, so bedarf es grundsätzlich - abgesehen von etwa für den Bereich der Wandlung auftretenden Besonderheiten - nur des Hinweises, daß die konkrete Rückgewährpflicht sich zwanglos aus der Umgestaltung des ursprünglichen Vertrages in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis ergibt. Abweichungen mögen sich aus der Tatsache rechtfertigen, daß der Wandlungsgegner die Wandlung durch die Fehlerhaftigkeit der Kaufsache oder des erstellten Werkes veranlaßt hat. Folgt man dagegen der These vom direkten Anspruch, so bedarf es im allgemeinen, sofern nicht die "entsprechend" anzuwendenden Rücktrittsregeln bereits eine

---

12) RG v. 26.04.07 RGZ 66,73 (74) u. öfter
13) RG v. 23.04.13 Warn 6 (1913) Nr. 314 S. 379

ausreichende Rechtfertigung des konkreten Rückgewähranspruchs liefern können, eines Rückgriffs auf das "Wesen der Wandlung", verstanden nicht in dem Sinne der Frage der Ausgestaltung als Anspruch oder Gestaltungsrecht, sondern unter dem Aspekt dessen, was mit der Wandlung erreicht werden soll: Wiederherstellung des Zustandes im Zeitpunkt vor Erbringung der jeweiligen Leistungen [14].

Ist das Wandlungsbegehren der Rücktrittserklärung in seiner Wirkung gleichzusetzen, so bleibt die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Rücktrittserklärung zu untersuchen. Das gefundene Ergebnis ist in diesem Fall ohne weiteres auf die Wandlung zu erstrecken. Der Wortlaut des Gesetzes, § 349 BGB für den Rücktritt, § 465 BGB und die Nichterwähnung des § 349 BGB in § 467 S.1 BGB für die Wandlung lässt die Möglichkeit zu, unterschiedliche Ergebnisse hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung der Wandlungs- und Rücktrittserklärung zu finden. Es läßt sich freilich einwenden, daß die rechtliche Bedeutung, i.e. die dann zwischen den Parteien entstandene rechtliche Situation, identisch ist und nur das sie auslösende Moment bei Rücktritt und Wandlung unterschiedlich ist, nämlich einmal die Erklärung des Rücktritts ausreichend ist, während im anderen Falle möglicherweise erst mit dem Zustandekommen eines Vertrages über die Wandlung oder eines das Einverständnis des Wandlungsgegners ersetzenden Urteils die Rückgewähransprüche auslösen. Ist dem so, so ist zumindest für das hier zu behandelnde Problem - die Durchführung der Wandlung - der Streit zwischen Herstellungs- und Vertragstheorie für die meisten Fälle müßig. So könnte diese Kontroverse in der Tat dahinstehen, wenn jedenfalls der ursprüngliche Vertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt würde, einmal auf Grund des Rückgewährverlangens selbst oder aber auf Grund eines abzuschliessenden Wandlungsvertrages.

Einigkeit darüber, welches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nach "vollzogener" Wandlung besteht, ist aber nicht vorhanden. Der Streit in An-

---

14) vgl. dazu unten S. 50

knüpfung an § 465 BGB dreht sich nicht nur um die Frage des ius variandi und dessen Ausschluss durch die Vollziehung der Wandlung. Vielmehr wird quer durch die Vielzahl der Theorien zur Wandlung und zum Rücktritt, wobei allerdings zumeist das zum Rücktritt Vertretene bei der Wandlung wieder erscheint, Unterschiedliches zum Rechtsverhältnis zwischen den Wandlungsbeteiligten ausgesagt.

Daher ist von der Wandlung ausgehend in der gebotenen Kürze auf den Theorienstreit einzugehen.

1. Die Vertragstheorie

a) Die strenge Vertragstheorie

Nach der ursprünglichen Vertragstheorie, die § 465 BGB für sich in Anspruch nimmt und auf die Entstehungsgeschichte des BGB verweist [15], geht der Anspruch des Käufers (Werkbestellers) gegen den Verkäufer (Werkunternehmer) auf Einwilligung in die Rückgängigmachung des Kauf- bzw. Werkvertrages. Die entsprechende Willenserklärung des Wandlungsgegners wird erforderlichenfalls durch Urteil (§ 894 ZPO) ersetzt. Von diesem Anspruch auf Wandlung sind die Ansprüche aus Wandlung [16], also die eigentlichen Ansprüche auf Rückgewähr der erbrachten Leistungen (§ 467 S.1 BGB) sowie teilweisen Ersatzes des negativen Interesses (§ 467 S.2 BGB) zu unterscheiden [17]. Wie beim Rücktritt bewirkt die Wandlung nach dieser Ansicht [18] die Auflösung des Vertrages ex tunc, "so als ob der Kauf nicht geschlossen wäre". Die Rückgewähransprüche sollen sich danach [19] als besonders geregelte bereicherungsrechtliche Ansprüche im Sinne einer condictio ob causam finitam darstellen, also genau wie beim vertraglichen Rücktritt [20]. Der Unterschied zum vertraglichen Rücktritt besteht lediglich darin, daß die condictio ob causam finitam nicht durch ein Gestaltungsrecht wie beim Rücktritt, sondern durch einen Wandlungsvertrag

---

15) Prot Bd 3 S.674, 679 ff, 710
16) Leonhard, BT S.67 (70,73); Oertmann § 465 Anm.1 d m.w.N.
17) vgl.z.B.RG v.30.10.08 RGZ 69, 385 (387)
18) Oertmann Vorbem. zu § 346 Zf 2
19) Oertmann § 465 Anm. 3
20) Oertmann SeuffBl 1904, 65 ff (74)

ausgelöst wird. "Die Rechtslage (nach vollzogener Einigung) entspricht der nach vollzogenem Rücktritt" [21].

Die Vertragstheorie wird in dieser Form - soweit ersichtlich - nicht mehr vertreten. Vielmehr erscheint die Vertragstheorie abgewandelt in dem Bestreben, die unpraktikable Trennung zwischen Aufhebungsvertrag einerseits und Rückabwicklung andererseits zu überwinden und beides unu actu durchzuführen.

b) Die modifizierte Vertragstheorie (Gestaltungstheorie)

Nach der modifizierten Vertragstheorie, die vor allem von Böttticher [22] begründet wurde und heute hauptsächlich von Larenz [23] vertreten wird, erfolgt die Wandlung entweder durch einen den Kauf rückgängigmachenden Vertrag oder durch richterlichen Gestaltungsakt. Ist der Vertrag auf Grund des Wandlungsanspruchs durch richterliches Gestaltungsurteil aufgehoben, so entstehen die Ansprüche aus der Wandlung aus einem dem Rücktrittsschuldverhältnis entsprechenden Abwicklungsschuldverhältnis nach Maßgabe der in § 467 S.1 BGB angeführten §§ 346 ff BGB [24]. Dem ist ergänzend hinzuzufügen, daß im Rahmen dieses Rückgewährschuldverhältnisses oder aber neben ihm noch die wandlungsspezifischen Rückabwicklungsansprüche hinzukommen, wie z.B. die in § 467 S.2 BGB genannten Vertragskosten.

2. Die Herstellungstheorie

Nach der Herstellungstheorie [25], die im Ergebnis von der Rechtsprechung vertreten wird [26], kann der Käufer oder Besteller unmittelbar Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises oder Werklohnes und z.B. Bezahlung der Vertragskosten richten oder mit dem Wandlungsanspruch Befreiung von der Kaufpreisschuld verlangen. Im Prozeß wird die Frage, ob die Wandlungüberhaupt berechtigt war, nur incidenter entschieden.

Über das Schicksal des Vertrages, der gewandelt wird, ist die Herstellungstheorie sich nicht einig:

---

21) Oertmann § 465 Anm. 3
22) Die Wandlung als Gestaltungsakt, passim; ähnlich schon Kreß II S.18 ff; Adler ZHR 75, 453 (485)
23) II § 41 II insbes. S.48 mit den in Fn.2 Genannten
24) vgl. die Darstellung bei Erman/Weitnauer vor § 459 Rdnr. 36 ff
25) Blomeyer AcP 151 (1951), 97 ff
26) RG v. 16.09.04 RGZ 58, 23 ff;
RG v. 19.10.09 RGZ 70, 198 f;
RG v. 07.12.20 RGZ 101.64 (71);
BGH v. 8.09.59 BGHZ 29, 148 ff

Einmal wird gesagt, der Rückgewähranspruch des Wandlungsberechtigten verlange weder die vorherige Aufhebung noch Umgestaltung des Vertrages. Vielmehr stehe der Rückgewähranspruch dem Wandlungsberechtigten als gesetzlicher Anspruch zu, also ex lege. Das ist der Standpunkt der sogen. Legaltheorie [27].

Dagegen soll nach Blomeyer [28] die Herstellungstheorie die Rückgewähransprüche unmittelbar an den Sachmangel anknüpfen, "'als ob' der Vertrag dahingefallen wäre". Diese Theorie des "als ob" erlaubt dem Käufer oder Besteller, den Vertrag zu behandeln, als ob er nicht mehr gelte [29], und macht auf diese Weise "die Bahn für die Rückgewähransprüche" [30] frei.

Esser [31] versteht das Wandlungsrecht als Gestaltungsrecht (arg. § 478 BGB), durch das der Wandlungsberechtigte den ursprünglichen Vertrag zum Zwecke der Wandlung umgestaltet.

Auch Raape [32] geht von einem Gestaltungsrecht aus, dessen Ausübung aber nur den Wandlungsanspruch entstehen läßt. Im Gegensatz zu Esser ist bei Raape von einer Umgestaltung des ursprünglichen Vertrages als Folge der Ausübung des Gestaltungsrechts nicht die Rede. Auch die Aufhebung des ursprünglichen Vertrages wird durch das Gestaltungsrecht weder ausdrücklich noch implizite bewirkt.

Ein auf Langheineken [33] zurückgehender Lösungsversuch versteht die Wandlung als latenten Anspruch. Da der Rechtsgrund für die Sachmängelhaftung nach heutiger Ansicht im jeweiligen Vertrag liegt [34], wird deshalb auch der Rückgewähranspruch auf den Kaufvertrag zurück-

---

27) vgl. Raape, Festschrift für Lehmann, S. 163; Enneccerus-Lehmann § 110 I 2 S. 443
28) AcP 151 (1951), 100 (110); ähnl.Erman/Weitnauer vor § 459 Rdnr.55 a.E.; Erman JZ 1960,41 (45); HGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm.60 S. 444
29) Ausdruck von Wunner AcP 170 (1970), 485
30) Erman JZ 1960, 45
31) Schuldrecht 2. Aufl. § 106,3 S.494; etwas einschränkend ab 3. Aufl. II § 64 III 1 a S.42 f, 52; ähnl. wohl Soergel/Ballerstedt § 462 Rdnr. 3
32) Festschrift für Lehmann S. 163
33) Anspruch und Einrede S. 223 ff (232); vgl. BGB-RGRK-Kuhn § 465 Anm. 7 f
34) seit Flume, Eigenschaftsirrtum S. 42 ff; vgl. Esser II § 64 I S.30 ff

geführt. So schreibt schon Krückmann [35], daß der Rückleistungsanspruch des Käufers sofort entstanden sein müsse, also vertraglich sei und von allen Vorstellungen einer Kondiktion und - wie zu ergänzen ist - von einer Vorstellung eines Anspruches ex lege [36] ferngehalten werden müsse. Als Vertreter der Herstellungstheorie [37] läßt er durch die vollzogene Wandlung den Kauf nicht aufgehoben sein [38]. Lediglich der Erfüllungsanspruch werde beseitigt [39]. Das Rechtsverhältnis der §§ 467, 346 BGB sei ein vertragliches, "da es auf dem ursprünglichen Kaufvertrag beruht" [40]. Der Rückleistungsanspruch entstehe ohne weiteres mit dem Vertrage rechtsbedingt, und zwar unter der Rechtsbedingung der Mangelfreiheit der Ware [41]. Das Rechtsverhältnis der Parteien werde nicht durch einen Aufhebungsakt nach dem Muster der Kündigung, Anfechtung und Rücktritt aus der Welt geschafft, sondern wie überall sonst durch restlose Totliquidation, hier durch Rückgewähr der Leistungen.

Die Herstellungstheorie in Form der Anspruchstheorie ist jüngst von Kupisch [42] verteidigt und konkretisiert worden. Nach seiner Ansicht erfüllt das Wandlungsrecht als Rückgewähranspruch am einfachsten die Funktion, die ihm das Gesetz gerade im Unterschied zum Rücktritt zugedacht hat: Nämlich dem Wandlungsberechtigten im Hinblick auf das ihm zugleich eingeräumte Minderungsrecht und Recht auf Schadenersatz die Wahlmöglichkeit zu erhalten [43]. "Der Wandlungsanspruch ist der Rückgewähranspruch selbst, als solcher Ausdruck einer spezifischen im Kaufvertrag begründeten Regelung, die Folgen rückgängig zu machen, die sich aus dem Abschluss des Kaufvertrages und seiner Durchführung ergeben. Der Anspruch knüpft sich als verhaltener an den Tatbestand der Fehlerhaftigkeit der Sache und wird voll wirksam dadurch, daß der Käufer ihn geltend

---

35) Gewährschaft S. 11; vgl. ZHR 82 (1920), 361 ff
36) Der Rückgewähranspruch entspringt ex contractu und nicht ex lege
37) ZHR 82 (1920), 361 Fn. 3 unter Hinweis auf OLG Hamburg v. 9.1.12 SA 68 Nr. 35 S. 57
38) aaO S. 3 , 406 f, 408
39) aaO S. 370
40) aaO S. 373
41) aaO S. 377
42) AcP 170 (1970) 479 ff (498 ff)
43) aaO S. 499

macht" [44]. Der Sinn von Rückgängigmachung des Kaufs in § 462 BGB sei Rückabwicklung [45]. Danach beruhen also die Rückabwicklungsansprüche per se auf dem ursprünglichen Vertrag in Gestalt des latent bestehenden Wandlungsanspruchs, ohne daß es einer Aufhebung oder Umgestaltung des "gewandelten" Kauf- oder Werkvertrages bedarf.

3. Stellungnahme

Die Vielfalt der eben aufgezeigten Konstruktionen der Wandlung - mit Sicherheit sind nicht alle Variationen erfaßt - läßt folgendes deutlich werden: Quer durch die Theorien um das "Wesen" der Wandlung" unter dem Blickwinkel, ob zunächst ein Wandlungsvertrag abgeschlossen oder unmittelbar auf die zurückzugewährenden Leistungen Anspruch erhoben werden darf, wird von Umgestaltung oder Aufhebung des zugrundeliegenden Vertrages gesprochen oder aber auf beides verzichtet, wobei bei den einen die Umgestaltung oder Aufhebung in dem Wandlungsvertrag oder in der richterlichen Gestaltung oder aber in dem Begehren der Rückstellung der Leistung liegt, während dem Verzicht auf jedwede Aufhebung oder Umgestaltung des Vertrages von einer Variante der Herstellungstheorie, der Theorie vom verhaltenen (latenten) Anspruch das Wort geredet wird. Schließt Umwandlung ein Rückabwicklungsschuldverhältnis nach Bereicherungsrecht aus, so vermag die Aufhebung, sei sie ex tunc oder ex nunc, zu einem Rückabwicklungsverhältnis ex lege (§§ 346 ff BGB, bereicherungsrechtlicher Natur) oder aber zu gesetzlichen Rückgewähransprüchen zu führen.

Bei der Behandlung des "Wesens" der Wandlung fällt auf, daß die Autoren in der Regel die für den Bereich des Rücktritts vertretene Lehre auch für die Rechtsnatur der Wandlung entscheidend sein lassen [46].

---

44) aaO S. 500

45) aaO S. 500 unter Berufung auf Planck-Knoke § 462 Anm. 3 a

46) vgl. nur Larenz ab 2. Aufl. 1957 I § 25 I S.241 f; II § 37 II a S.42 (= 10.Aufl.I § 26 S.293 ff (Rücktritt) II § 41 II S.44 ff (Wandlung)) im Gegensatz zur 1. Aufl. 1953 I § 25 I S.222 ff; II § 37 II a S. 42: Die jeweils vertretene Rücktrittslehre wird auf die Wandlung übertragen.

Die Übereinstimmung in Ausübung und Wirkung von Wandlung und Rücktritt ist indessen, wie sich bereits aus § 467 S. 1 BGB ergibt, der auf § 349 BGB nicht verweist, nicht zwingend, eben weil es sich um eine "entsprechende " Anwendung handelt. Kupisch [47] führt mit Recht aus, daß die Rechtsnatur der Wandlung sich nicht zwingend nach der jeweils herrschenden Rücktrittslehre bestimmt.

So ist bei Raape Gegenstand der Gestaltung nicht der Kaufvertrag selbst; die Kaufpreisschuld ist nicht eo ipso erloschen, sondern der Wandlungsberechtigte hat nur einen Rückgewähranspruch auf Befreiung [48]. Dagegen wirkt sich beim Rücktritt nach Raape [49] das Gestaltungsrecht in Übereinstimmung mit Seckel [50] zwar nicht auf das Kausalverhältnis, den Kaufvertrag, aus, wohl aber auf die Kaufpreisforderung: diese erlischt.

Auch Blomeyer macht offenbar eine derartige Ausnahme: Er bezeichnet die Wirkung des Rücktritts mit der neuen Lehre als eine "Umgestaltung des Schuldverhältnisses aus einem Leistungs- in ein Abwicklungsverhältnis", womit das Schuldverhältnis inhaltlich geändert werde [51]. Dagegen vertritt er im Bereich der Wandlung die Herstellungstheorie in Form der "als ob" Theorie [52], als ob nämlich der Kaufvertrag aufgehoben sei. Das schließt freilich nicht ein Umwandlungsschuldverhältnis aus, aber er gibt direkt die Rückabwicklungsansprüche, ohne sich auf einen "umgewandelten" ursprünglichen Vertrag zu stützen. Wie er die 1951 begründete "als ob" Theorie mit der beim Rücktritt geänderten Ansicht in Einklang bringen will, ist aus seinem Lehrbuch nicht ersichtlich.

---

47) aaO S. 499
48) Raape S. 166 f dazu Kupisch S. 496 u. 499
49) Raape S. 167 dazu Kupisch S. 496 mit Fn. 101
50) in Festgabe f.R.Koch (1903) S. 222 f
51) Allg. Schuldrecht ab 3. Aufl. 1964 jeweils § 35 I 1b S. 208, anders noch 2.Aufl. 1957 § 35 I 1 S.231 f
52) AcP 151, 100 (110)

Betrachtet man die 5 Gruppen, nämlich

1. Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein Rückgewährschuldverhältnis auch bei der Wandlung [53],
2. die Rückabwicklungsansprüche als verhaltene vertragliche Ansprüche [54],
3. die Ablösung des Schuldvertrages durch ein gesetzliches Schuldverhältnis auf Rückgewähr [55],
4. die Rückgewährregelung als eine Sonderregelung der Bereicherungshaftung [56],
5. Wandlung als Gestaltungsrecht in der Form, daß durch die Gestaltung dem Vertrag gegenüber ein Rückgewähranspruch (ex lege) entsteht [57],

so ergibt sich folgendes:

a) Die Rückgewähr bei der Wandlung als bereicherungsrechtlicher Anspruch

Ausgangspunkt für die Stellungnahme ist die Ansicht Oertmanns, des Begründers der These, der Rücktritt und die Wandlung nach vollzogener Einigung vernichte den Vertrag mit Wirkung für die Vergangenheit, also ex tunc.

Oertmann [57] fragt nach der Bedeutung der Rücktrittserklärung und meint apodiktisch, die Antwort müsse für die Fälle des vertraglichen und gesetzlichen Rücktritts gleichlauten, anders sei es bei der Wandlung, da diese (nach der Vertragstheorie) erst mit dem erklärten oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzten [58] Einverständnis des Verkäufers in das entsprechende Verlangen des Käufers zustandekomme. Aus seinem Kommentar ergibt sich aber, daß für die Wandlung nach vollzogener Einigung das gleiche gelten soll wie nach vollzogenem Rücktritt [59]. Oertmann wendet sich zunächst gegen Dernburg [60], nach dem der Rücktritt eine indirekte Wirkung haben soll, wie in E I [61] vorgesehen, meint

---

53) Larenz II § 37 II a S. 45
54) Kupisch AcP 170 (1970) 479 ff
55) RG v. 17.03.32 RGZ 136,33 (34); BGB-RGRK[12]-Mezger § 467 Rdnr. 1 S. 197
56) Enneccerus/Lehmann § 38 II S. 165 f
57) SeuffBl 1904 (69) 65 ff (66)
58) Oertmann schreibt "ergänzten" (aaO S. 67)
59) § 465 Anm. 3
60) Dernburg/Engelmann II, 1 § 108 V S. 290; ähnlich Crome, System II § 174 Nr. 4 b
61) § 427 Abs. 1
Der Rücktritt bewirkt, daß die Vertragsschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre insbesondere daß kein Teil eine nach dem Vertrage ihm gebührende Leistung in Anspruch nehmen kann, und daß jeder Teil verpflichtet ist, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren

indes selbst [62], "daß sich ein jeden Zweifel ausschliessender Beweis" gegen diese Ansicht kaum werde erbringen lassen, hält aber den Parteiwillen für ausschlaggebend. Derjenige, der sich das Rücktrittsrecht vorbehalten habe, stelle sich vor, von dem Vertrag ganz loszukommen [63].

Gegen Seckels [64] sogen. "mittlere" Ansicht, nach der, war die Verpflichtung aus dem Schuldverhältnis im Augenblick des Rücktritts schon erfüllt (Zahlung), das Schuldverhältnis bereits untergegangen sei, der Rücktritt also nicht befreiend, sondern nur forderungsbegründend wirke - war das nicht der Fall, so würden die Parteien lediglich von ihren Vertragspflichten befreit - Wirkung des Rücktritts also ex nunc, Entstehung eines Schuldverhältnisses eigener Art, wendet sich Oertmann mit dem Hinweis, daß ein Unterschied bestehe zwischen getilgtem Schuldverhältnis und dem Entstehungsgrund, der causa des getilgten Schuldverhältnisses. Die causa bestehe fort und könne später wegfallen und zur sogenannten condictio ob causam finitam führen (§ 812 Abs.1 S.2 BGB) [65]. Das ist nach Oertmann auch auf den Rücktritt zu übertragen: Der Rücktritt hat rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, das Schuldverhältnis wird als ein in der Vergangenheit nie vorhandenes angesehen, eine erfolgte Zahlung ist ohne rechtfertigenden Grund erfolgt; die Rückgewähr nach §§ 346 ff BGB hat gegenüber den Bereicherungsvorschriften nur den Sinn einer besonderen Erweiterung [66]. Dieses Ergebnis ist von Oertmann [67] und anderen [68] auf die Wandlung übertragen worden.

b) Die Rückgewähr bei der Wandlung als Anspruch im Rahmen eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses

aa) Die Lehre von der Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis beim vertraglichen Rücktritt

aaa) Darstellung der Umwandlungslehre

---

62) aaO S. 71
63) aaO S. 71 dazu Wunner S. 435
64) in Festschrift für Koch S. 222; ähnlich Windscheid/Kipp II S. 320, 499 oben; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 21 ff
65) S. 75 f vgl. dazu Kupisch S. 488
66) aaO S. 74
67) Kommentar § 465 Anm. 3
68) Biel, passim, worauf Kupisch S. 448 Fn. 56 ausdrücklich hinweist

Oertmanns Lehre ist heute jedenfalls für den Bereich des vertraglichen Rücktritts als überwunden anzusehen [69]. Sie wird von Kaduk [70] unter Einschluss der "mittleren" Theorie zwar noch als die "noch vorherrschende Meinung" bezeichnet. Zumindest in der Literatur ist das aber nicht der Fall. Dort herrscht die Ansicht vor, daß das Schuldverhältnis im Ganzen erhalten bleibe und lediglich eine Umwandlung in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis erfahre [71] mit der Folge, daß die auf Grund des ursprünglichen Vertrages erbrachten Leistungen nicht ihren Rechtsgrund verlören, womit die §§ 812 ff BGB nicht anwendbar, auch nicht neben den §§ 346 ff BGB anwendbar seien während als unmittelbare Folge des Rücktritts alle aus dem Schuldverhältnis noch bestehenden, weil bisher noch nicht erfüllten Leistungspflichten ex nunc erlöschten [72].

Die Begründung für diese These, die im wesentlichen von Heinrich Stoll [73] entwickelt und von Herholz [74], Wolf [75], Wunner [76] und Leser [77] vertieft worden ist,

---

69) zur Widerlegung im einzelnen vgl. Wunner AcP 168 (1968), 434 ff

70) Staudinger/Kaduk Vorbem. §§ 346 ff Rdnr.16

71) Larenz I § 26 S. 293 ff; Esser I § 30 III S.185 ff; Blomeyer § 35 I S.207; Fikentscher § 48 II 2 S.243 ff, aber nicht ganz deutlich; Medicus § 26 I 1 a S.288; Palandt/Heinrichs Einf.v.§ 346 Anm.1 b (ab 29.Aufl. 1970, nicht so deutlich noch Danckelmann/Heinrichs 28.Aufl.1969 aaO); Staudinger/Kaduk aaO Rdnr.14 und öfter; anders z.B. noch: Enneccerus/Lehmann § 38 II Soergel/Schmidt vorbem.4 vor § 346; BGB-RGRK-Wilde § 346 Anm.4,7; Müller B 1969, 1493 (1497 1.Sp.)

72) dazu im einzelnen Staudinger/Kaduk Vorbem. § 346 ff Rdnr.17

73) Diss. S. 21 ff et passim; Habil. Übersicht u.S.105 ff, 118 ff, 141 ff; LZ 1923 Sp. 523 ff (544 f mit Fn. 31); JW 1928, 58; AcP 131 (1929), 141 ff (146, 171); vgl. auch Leistungsstörungen S. 126; vor Stoll bereits: Endemann I § 148 S. 851 a.E. u. Anm. 28; Hellwig, Anspruch ... S. 22; Cohn JW 1902,7 ff u. Gruch 47 (1903), 221 ff (275 f); Boehmer ArchBR 38 (1918) 314 ff (329); von Gierke III § 184 IV 2 d S. 308

74) AcP 130 (1929), 275 ff

75) AcP 153 (1954), 97 ff

76) AcP 168 (1968), 425 ff

77) Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsrecht, ungedruckte Habilitationsschrift Freiburg/Br 1968, zitiert bei Staudinger/Kaduk Vorbem. §§ 346 ff S.183 (diese Schrift war mir nicht zugänglich; lt. e. Schreiben des Verf. u. Fn.19 S.6 in Das Haager Einheitliche Kaufgesetz Veröffentlichung der Untersuchung "demnächst", nach Fn.15 S.646 in Festschrift für Rheinstein II Erscheinen des Buches "in Kürze")

läßt sich wie folgt darstellen:
Der auch von Oertmann [78] herangezogene Parteiwille geht nicht nur darauf, von dem Vertrag loszukommen, sondern auch darauf, daß, wenn bereits geleistet ist, durch den Rücktritt die Leistung zurückgestellt wird. Der Zurücktretende will also auch Rückgewähr des Geleisteten. Das ist die Wirkung des § 346 BGB. Daher ist die Erklärung des § 349 BGB auf diese Wirkungen gerichtet. Das bedeutet, daß die Rücktrittswirkungen nicht "ex lege", sondern auf Grund des Vertrages entstehen [79]. Der Erklärungsgehalt des Rücktritts zielt also auf die rechtsgeschäftliche Umwandlung des ursprünglichen Leistungsverhältnisses in ein Abwicklungsverhältnis [80]. Das Schuldverhältnis wird zum Abwicklungsverhältnis"umgesteuert" [81]. Die sich aus dem Abwicklungsverhältnis ergebenden Rechtsfolgen beruhen auf dem rechtsgeschäftlichen Parteiwillen und nicht wie nach der Gegenmeinung unmittelbar auf dem Gesetz [82]. Zwar beruht die Rückgewährpflicht des Zurücktretenden auf der ergänzenden Gesetzesnorm des § 346 BGB, die Rückgewährpflicht des Rücktrittsgegners beruht aber unmittelbar auf der rechtsgestaltenden Wirkung der Rücktrittserklärung als einseitigem Gestaltungsgeschäft [83]. Das Recht zum Rücktritt als solches begründet sich seinerseits auf den Vertrag, und zwar entweder unmittelbar, weil es rechtsgeschäftlich vorgesehen ist, oder aber mittelbar, weil gesetzliche Dispositivnormen die insoweit lückenhafte Parteivereinbarung inhaltlich ergänzen [84].

Der Zweck des Rücktritts, der aus den Intentionen der Rücktrittserklärungen erkennbar ist, geht daher nicht auf Aufhebung der "Gesamtwirkung des Vertrages mit rückwirkender Kraft", sondern diejenigen Leistungspflichten, die bisher noch nicht erfüllt sind, sollen aufgehoben und ausserdem, soweit bereits geleistet worden war, Ansprüche auf Rückgewähr des Geleisteten begründet werden.

---

78) SeuffBl 68 (1904),71
79) Wolf AcP 153 (1954),118 f
80) Staudinger/Kaduk § 346 Rdnr. 26
81) Leser in Festschrift für Rheinstein II S.664 Anm. 15, 657
82) wie Fn. 80
83) Larenz I § 26 I a S.295; Staudinger/Kaduk aaO
84) wie Fn. 83

Die funktionale Bedeutung des Rücktritts liegt also darin:

Er gestaltet das vertragliche Schuldverhältnis, das substantiell, also in seiner wesenhaften Ganzheit erhalten bleibt, gleichwohl inhaltlich in der Weise um, daß er "Leistungspflichten gleichsam mit umgekehrten Vorzeichen" entwickelt [85]. Das Schuldverhältnis bleibt als "Ganzes" bestehen und erleidet nur insofern eine Umgestaltung durch die Rücktrittserklärung als das "Abwicklungsverhältnis" entsteht [86]. Es bleibt als "Organismus" [87], als "konstante Rahmenbeziehung", seine Erscheinungsform [88] ist nunmehr die eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses [89].

Ein weiteres Argument für die Lehre von der Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis ist überwiegend praktischer Natur: Diese "praktischen Erwägungen" [90] sind Ergebnis des Erfordernisses eines gerechteren Interessenausgleiches als ihn die alte Lehre von der rückwirkenden Aufhebung des Schuldverhältnisses bieten kann.

Mit der Umwandlungstheorie läßt sich am einfachsten erklären, warum Schadenersatzansprüche aus Verschulden beim Vertragsschluss (culpa in contrahendo) und positiver Vertragsverletzung trotz Rücktritts bestehen bleiben. Die Lehre von der rückwirkenden Aufhebung des Vertragsverhältnisses im ganzen müßte konsequentermaßen dazu kommen, daß diese Schadenersatzansprüche mit der rückwirkenden Aufhebung des Vertrages schlichtweg entfallen. Eine Schadenersatzpflicht wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten setzt begrifflich und notwendigerweise voraus, daß eine derartige Pflicht einmal bestanden hat. Mit einer rückwirkenden Aufhebung müßten demnach diese sekundären Schadenersatzpflichten entfallen [91]. Dieses Ergebnis, das

---

85) Larenz I § 26 I a S.295; Staudinger/Kaduk Vorbem. §§ 346 ff Rdnr.27 (unter Hinweis auf Leser, Habil. Seite 212 ff u.m. zahlr. w.N.)
86) Larenz aaO
87) Siber S. 1,214; dahingestellt in BGH v. 14.1.55 BGHZ 16,153 (155) betr. Rücktritt vom Kaufvertrag
88) Herholz aaO
89) Stoll, Leistungsstörungen S. 126
90) Staudinger/Kaduk aaO Rdnr. 28
91) wie Fn. 90 u. Stoll JW 1928,58; Wolf AcP 153,102; Esser I § 30 III 3 S.187 f; Wunner AcP 168,425

nicht richtig sein kann, zu vermeiden, hat es bei Zugrundelegung der alten Lehre an Versuchen nicht gefehlt [92]. Auf diese Versuche soll nicht näher eingegangen werden. Das Bestehenbleiben dieser Schadenersatzansprüche läßt sich zwanglos und ohne Konstruktionsschwierigkeiten nur dann erreichen, wenn man von dem Fortbestand des ursprünglichen Schuldverhältnisses in der veränderten Form eines Rückgewährschuldverhältnisses ausgeht und die These, der Rücktritt bewirke per se eine vollständige Aufhebung des gesamten Vertrages im ganzen mit rückwirkender Kraft, aufgibt. Die Umwandlungslehre führt ferner dazu, daß die Sicherheiten im Zweifel nicht frei werden, sondern für die Rückgewähransprüche bestehen bleiben [93].

bbb) Die Folgen der Umwandlungslehre für die übrigen Rücktrittstheorien

Aus der Umwandlungslehre ergibt sich für die übrigen für den Bereich des Rücktritts vertretenen Thesen folgendes:

aaaa) Der Rückgewähranspruch beim Rücktritt als besonderer gesetzlicher Bereicherungsanspruch (auf bloßen Ausgleich der noch vorhandenen Leistung)

Was diese Lehre anbelangt [94], so ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Umwandlungslehre, daß die auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses, dem "werbenden", auf Erfüllung gerichteten Vertrages, erbrachten Leistungen ihren Rechtsgrund nicht verlieren [95], da das Schuldverhältnis im ganzen erhalten bleibt und nur seine Zweckrichtung ändert. Bereicherungsvorschriften sind nur anwendbar, soweit das Gesetz das ausdrücklich vorschreibt (§ 327 S. 2 BGB) [96]. Konkurrierende An-

---

92) Enneccerus/Lehmann § 38 II 1 S.166; vgl. BGB-RGRK-Wilde vor § 346 Anm. 4; Soergel/Schmidt vor § 346 Anm. 5

93) zutr. Staudinger/Kaduk aaO Rdnr. 29; Esser I § 30 III 1 S. 186; Palandt/Heinrichs Einf. v. § 346 Anm. 1 b
a.A. auf Grund der alten Lehre:
BGH v. 18.11.68 BGHZ 51, 69 (73);
OLG Hamburg v. 28.11.63 MDR 1964, 324

94) Oertmann SeuffBl 69,65; Planck/Siber vor § 346 Anm. 1 b ß; Staudinger/Werner[9] § 346 II 2 S. 615; Levy S. 31 ff, Marx S.11 f; Windscheid/Kipp II § 423 S. 886, vgl. RG v. 11.04.02 RGZ 50, 255 (267)

95) Staudinger/Kaduk aaO Rdnr.31;Esser I § 30 III 1S.186

96) der auf §§ 818 ff BGB verweist, § 347 BGB also gerade ausschliesst.

sprüche aus § 812 Abs. 1 S. 2 BGB bestehen sonach nicht. Die Rückgewährregelung ist also entgegen der früher herrschenden Lehre keine Sonderregelung der Bereicherungshaftung.

bbbb) Das Rückgewährverhältnis beim Rücktritt als Legalschuldverhältnis, das das vertragliche ablöst

Die Argumente für die Umwandlungslehre gelten entsprechend für die These von einem besonderen Schuldverhältnis auf Rückgewähr [97]. Ist der Erklärungsgehalt des Rücktritts auf die rechtsgeschäftliche Umwandlung des ursprünglichen Leistungsverhältnisses in ein Abwicklungsverhältnis gerichtet, so kann von einem besonderen gesetzlichen Rückgewährschuldverhältnis keine Rede sein. Vielmehr handelt es sich bei den §§ 346 ff BGB um dispositive gesetzliche Ausgestaltungen eben dieses umgewandelten Schuldverhältnisses.

cccc) Der Rückgewähranspruch beim Rücktritt als "Gegenverpflichtung" unter Fortbestehen des Vertrages (Theorie von der indirekten Wirkung, Vertragstheorie)

Diese Lehre [98], die dem E I zum BGB folgt [99], hat mit der Umwandlungslehre den Ausgangspunkt gemeinsam: Beim Rücktritt bleibt der Vertrag erhalten. Die Umwandlungstheorie vermeidet aber die Schwächen der indirekten Theorie, nämlich daß die Erfüllungsansprüche aus dem Vertrag ebenfalls fortbestehen, wenn auch mit einer Einrede behaftet [100], durch Umgestaltung des bestehen bleibenden Vertrages seinem Inhalte nach in ein Abwicklungsverhältnis.

dddd) Der Rücktritt als Gestaltungsrecht, das die Rückgewähransprüche hervorbringt

Diese Lehre [101] ist deswegen nicht haltbar, weil Rückgewähransprüche mit der Rücktrittsvereinbarung latent gegeben sind [102].

bb) Die Übertragung der für den (vertraglichen) Rücktritt vertretenen Umwandlungslehre auf die Wandlung

---

97) vertreten z.B. von Enneccerus/Lehmann § 38 II 1 S. 165 f; BGB-RGRK-Wilde § 346 Anm. 4
98) vertreten z.B. von Dernburg II § 108 V S. 290; Crome, System II § 174 b S. 200
99) § 427 Abs. 1
100) daher auch "Einredetheorie" genannt, dazu Wolf AcP 153, 104
101) Raape aaO S. 166
102) Kupisch aaO S. 499

Es bleibt die Frage zu klären, ob sich für die Wandlung - zuletzt wurde der Rücktritt betrachtet - etwas anderes ergibt. Bei der Wandlung könnte ebenfalls die Umwandlungslehre anzuwenden sein, an die Rückabwicklungsansprüche als verhaltene Ansprüche gedacht werden, zum anderen aber auch an der These eines gesetzlichen Rückabwicklungsschuldverhältnisses festgehalten werden. Schließlich bliebe noch die Lehre von den (besonderen) bereicherungsrechtlichen Ansprüchen.

Die Verweisungen der §§ 634 Abs. 4, 467 S. 1 BGB auf die Vorschriften des vertraglich vereinbarten Rücktritts lassen an sich in Einbeziehung des § 465 BGB und des sich an ihn anknüpfenden Streit der Vertragstheorie und der Herstellungstheorie alle angeführten Lösungen zu.

Doch läßt sich auf der anderen Seite kaum ein Argument dafür finden, warum die für den Bereich des vertraglichen Rücktritts gefundene Lösung nicht auch für den gesetzlichen Rücktritt und die ihm nahestehende Wandlung gelten sollte.
Prüft man die Argumente für die eine oder andere These auf ihre Stichhaltigkeit für die Wandlung, so ergibt sich folgendes:

aaa) Die Rückgewähr bei der Wandlung als bereicherungsrechtliche Ansprüche

Die These von den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen hat auch für den Bereich der Wandlung deshalb zu entfallen, weil sie nicht dem Parteiwillen entspricht. Die Wandlung zielt darauf ab, den Zustand herzustellen, der im Zeitpunkt vor der Erbringung der Leistungen bestanden hat. Abgesehen von den Ausnahmen, die sich aus dem später zu besprechenden Veranlasserprinzip zu Lasten des Wandlungsgegners ergeben, sollen beide Parteien so gestellt werden, als ob nicht geleistet worden wäre. Das lässt sich nur dann zwanglos erreichen, wenn der Vertrag unberührt bleibt.

Die These, daß Ansprüche aus Rücktritt und Wandlung letztlich Bereicherungsansprüche seien, wenn sie auch speziell normiert seien, wird jüngst von Kaehler [103] unter Berufung auf von Caemmerer [104] und

---

103) S. 47 mit Fn. 122 u. 123 = Diss S. 45 f
104) in Festschrift f. Rabel S. 342; in Festschrift f. Boehmer S. 150

Dawson [105] wieder aufgegriffen. Er meint, Herausgabeansprüche aus Rücktritt und Wandlung erforderten als spezielle "Restitutionsschuldverhältnisse" zwar ihre besonderen tatbestandlich normierten Voraussetzungen, aber eben doch auch die allgemeinen Merkmale der "Restitution", nämlich ein rechtsgrundloses Erlangen auf Kosten des Gläubigers [106], also desjenigen, der die Ware oder den Kaufpreis erhalten hat. Ohne die Normen zur Durchführung des Rücktritts im BGB (§§ 346 ff) würde nach Kaehler ein Bereicherungsausgleich stattfinden, weil die Rechtsgrundlosigkeit infolge des Rücktritts gegeben wäre. Die Rücktrittsvorschriften könnten daher als besondere Restitutionsvorschriften angesehen werden, die nur wegen der engeren vertraglichen Beziehung hinsichtlich ihrer Abwicklung abgeändert seien [107].

Kaehler verzichtet bewußt darauf, seine These von den Rücktritts- und Wandlungsansprüchen betreffend die Herausgabe als in Wahrheit Bereicherungsansprüche, in seiner Terminologie Restitutionsschuldverhältnisse, wenn auch spezieller Art, zu beweisen, was nahegelegen hätte, weil gerade in letzter Zeit die überwiegende Literatur dazu übergegangen ist, den bereicherungsrechtlichen Ausgleich jedenfalls für den Bereich des vertraglichen Rücktritts zu verneinen [108] und von einem Ausgleich im Rahmen des ursprünglichen in ein Abwicklungsschuldverhältnis umgestalteten Schuldverhältnisses auszugehen.

Das Urteil des BGH vom 28.3.1952, der sogen. Mercedes-Kabriolett-Fall [109], ist entgegen Kaehler [110] keine Entscheidung "der Sache nach" in seinem Sinne. Zwar sagt der BGH an einer Stelle unter Berufung auf Danckelmann [111], "durch die Erklärung des Rücktritts war der Rechtsgrund für den Besitz des Klägers rückwirkend fortgefallen" [112]. Das ist aber für die Frage der Rechtsnatur des Rücktritts und der Wandlungsansprüche deswegen nicht entscheidend, weil - es ging in dieser Entscheidung um den Wertausgleich für Ge-

---

105) S. 113 ff
106) S. 47 = Diss S. 45 f
107) S. 47 Fn. 123 = Diss S. 46 Fn. 123
108) vgl. oben S. 20
109) BGHZ 5, 337=JZ 1952, 527=NJW 1952,778
110) aaO Fn. 123
111) Palandt/Danckelmann 9.Aufl.Einf.vor § 346 Anm.1
112) aaO S. 529

brauchsvorteile - [113] der BGH nicht §§ 347, 987 Abs. 1 BGB, sondern § 988 BGB angewandt hat, wozu er das Bild des rückwirkend fortgefallenen Rechtsgrundes des Besitzers brauchte, weil das Tatbestandsmerkmal "unentgeltlich" erlangter Besitz des § 988 BGB auch auf den ohne rechtlichen Grund erworbenen Besitz ausgedehnt wurde [114]. Die Anwendung von § 988 BGB war aber nicht notwendig [115], weil für den in diesem Fall vorliegenden gesetzlichen Rücktritt § 327 S. 2 i.V.m. § 818 BGB [116] herangezogen werden konnte.

Besagt also diese Entscheidung letztlich nichts für Kaehlers These, so ist auch der Hinweis auf von Caemmerer und Dawson nicht zwingend. Denn von Caemmerer [117] führt lediglich aus, daß die Leistungsrückforderung wegen Mangels oder Wegfalls der causa "auf derselben Ebene wie sonstige Abwicklungsansprüche... bei Rücktritt oder bei der Wandlung" stehe. Er meint, wären die Rückgabeansprüche nicht eigens angeordnet, "würde es sich einfach um Fälle der condictio causa finita handeln". Der Gesetzgeber habe lediglich im Hinblick auf einen anderen Haftungsumfang etwas anderes vorgeschrieben. Damit ist die Frage der Rechtsnatur des Rücktritts und der Rückgewähransprüche bei der Wandlung letztlich offengelassen.

Richtig ist, daß das angloamerikanische Recht Rücktritt und Wandlung nur als gewöhnliches Restitutionsverhältnis ansieht [118]. Das aber wird von Dawson gerade getadelt, weil das Bereicherungsrecht nicht allen Fragen in gleicher Weise gerecht werden könne [119], und besagt für das deutsche Recht wegen der unterschiedlichen Traditionen gar nichts.

bbb) Die Rückgewähr bei der Wandlung auf Grund eines Legalschuldverhältnisses

Auch die These vom Legalschuldverhältnis bringt im Vergleich zur Umwandlungslehre keinen Vorteil. Im Gegenteil

---

113) dazu unten S. 69
114) RGGS v. 30.01.40 RGZ 163,348 ff; BGH v. 8.10.53 BGHZ 10,350 (357); BGH v. 25.02.60 BGHZ 32,76 (94)
115) ablehnend Palandt/Degenhart § 988 Anm.4 a a.E.; Thielmann VersR 1970,1069 (1073 m.w.N.in Fn.36)
116) Werner NJW 1952,930; Mezger JZ 1953,67; Erman/Hefermehl § 988 Rdnr.5; BGH v. 24.11.67 MDR 1968, 223 f; BGB-RGRK-Kuhn § 347 Anm.6
117) aaO
118) Dawson S. 113 ff
119) Dawson S. 114

ist die Rückabwicklung im Rahmen des umgestalteten ursprünglichen Schuldverhältnisses plausibler als die Entstehung eines Legalschuldverhältnisses.

Bleiben die Lehren, daß

ccc) Die Rückgewähr als latenter Anspruch gegeben ist und die Lehre, daß

ddd) Die Rückgewähr bei der Wandlung im Rahmen eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses

erfolgt.

Beide Thesen haben gemeinsam, daß das die Rückabwicklungsansprüche auslösende Moment auf dem ursprünglichen Vertrag beruht: Die Wandlung als latenter dem Schuldverhältnis inhaerenter Anspruch, der Anspruch auf Wandlung bei Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis im Zeitpunkt der "Vollziehung" der Wandlung.

Hat der die Rückgewähransprüche auslösende Hebel vertraglichen Charakter, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch die Rückabwicklung des Vertrages im Rahmen eben dieses Vertrages vonstatten gehen soll. Es ist daher nicht bei einem latenten Anspruch als Rückabwicklungsanspruch stehen zu bleiben, sondern die vertragliche Basis zu erweitern und auch im Bereich der Wandlung von einer Umgestaltung des Schuldverhältnisses in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis im Zeitpunkt der "Vollziehung" der Wandlung auszugehen, in dessen Rahmen die Wandlung durchgeführt wird.

Daraus folgt, daß mit Larenz [120] davon auszugehen ist, daß mit der "Vollziehung" der Wandlung die beiderseitigen Leistungspflichten aufgehoben und beide Vertragsteile verpflichtet werden, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, und zwar im Rahmen eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses, in das sich das Schuldverhältnis umgewandelt hat. Mit "Vollziehung" der Wandlung "gestaltet sich das Schuldverhältnis um zum 'Abwicklungsverhältnis'" [121]. Larenz kommt zu diesem Ergebnis als Vertreter der sogen. modifizierten Vertragstheorie (Gestaltungstheorie). Vertreter der Herstellungstheorie kommen zu demselben Ergebnis, indem sie von einem Gestaltungsrecht ausgehen, mit dem der

---

120) II § 47 II a S. 45
121) wie Fn. 120

Wandlungsberechtigte den Vertrag zum Zwecke der Rückgewähr in ein Abwicklungsschuldverhältnis umgestaltet [122]. Der Wandlungsberechtigte kann ohne weiteres aus dem entstandenen oder jedenfalls entstehenden Abwicklungsschuldverhältnis seine Rückgewähransprüche einklagen. So gesehen stören Herstellungs- und Vertragstheorie einander nicht. Entscheidend ist, daß jedenfalls das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein Abwicklungsschuldverhältnis umgewandelt wird, sei es durch einseitiges Gestaltungsrecht, Vertrag oder richterlichen Gestaltungsakt.

Larenz ist, soweit ersichtlich, der einzige, der die beim Rücktritt vertretene Umgestaltungslehre ausdrücklich auf die Wandlung übernimmt [123] und auf diese Weise dazu kommt, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis nach "Vollziehung" der Wandlung in der Form eines Abwicklungsschuldverhältnisses erhalten bleibt [124].

cc) Ergebnis

Es bleibt festzuhalten, daß nach vollzogener Wandlung der ursprüngliche Vertrag als Rückabwicklungsschuldverhältnis erhalten bleibt.

Demnach ist das Ziel der Wandlung dahin zu bestimmen, daß erstens die noch nicht erfüllten Leistungspflichten aufgehoben werden und zweitens der Vertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt wird, in dessen Rahmen die gegenseitig erbrachten Leistungen zurückge-

---

122) so etwa jetzt wohl Esser II § 64 III 1 S. 42 (" das auf Grund der Wandlung entstehende Rückgewährschuldverhältnis", "Umgestaltung des Schuldverhältnisses")

123) wie Fn. 120 unter ausdrücklichem Hinweis auf I § 26 b S. 295 ff, wo der Rücktritt behandelt wird.

124) im Ergebnis ebenso: Medicus § 29 III 3 b S. 320; Weitnauer NJW 1968, 201 (206 Fn. 36); Thielmann VersR 1970, 1069 (1073 Fn. 35, 1076 als Anhänger der Vertragstheorie in Form der Gestaltungstheorie); Jakobs JuS 1974,341 (350) anders noch JuS 1972, 377; ebenso wohl Palandt/Putzo § 467 Anm.1; vgl. aus der Rechtspr.: BGH v.29.5.67 BGHZ 48,70 (74) zum Doppelmangel in der Bereicherungskette;
vgl. schon Dittmann S. 6;
vgl. für den finanzierten Abzahlungskauf Hörter S. 239 ff sowohl für Rücktritt als auch Wandlung (S. 239 Fn. 851)
vgl. für den gesetzlichen Rücktritt Leser in Festschrift für Rheinstein II S. 646 Fn. 15
anders noch die überwiegende Lehre, vgl. nur:
Enneccerus/Lehmann § 110 II 3 S. 446
Soergel/Ballerstedt § 465 Rdnr. 7
BGB-RGRK 12 - Mezger § 467 Rdnr. 1 S. 197

währt werden müssen. Ob die Umwandlungslehre allein unter dem Gesichtspunkt der Umkehr der Leistungspflichten für die Durchführung der Wandlung ausreicht, wird die Erörterung der Ansprüche aus Wandlung zeigen.

B. Ausländisches Recht

Wie im deutschen Recht beruht die Wandlung im österreichischen [125] und schweizerischen [126] Recht auf der actio redhibitoria des römischen Rechts.

I. Österreichisches Recht

Im ABGB ist das Wort "Wandlung" nicht zu finden. Der Wandlung entspricht die "gänzliche Aufhebung des Vertrages" des § 932 ABGB beim Kaufvertrag und das "Abgehen vom Vertrage" des § 1167 ABGB beim Werkvertrag. Dabei ist § 932 ABGB bei den allgemeinen Gewährleistungsnormen zu finden, also auf den Kauf anzuwenden. Der Sache nach ist aber nichts anderes als die Wandlung gemeint; so findet sich in den Lehrbüchern und Kommentaren zum ABGB in diesem Zusammenhang stets die Bezeichnung "Wandlung" für die "Aufhebung des Vertrages" oder das "Abgehen vom Vertrage" [127].

§ 1167 ABGB ist eine Sondervorschrift gegenüber der allgemeinen Regelung der Gewährleistung bei entgeltlichen Geschäften. Die Sondervorschrift war notwendig, weil der Unternehmer die Pflicht zur Gewährleistung für Mängel des Werkes, d.h. nicht nur der etwa herzustellenden Sache, sondern auch des sonst übernommenen Arbeitserfolges hat, so daß eine einfache Berufung auf die allgemeinen Gewährleistungsnormen nicht ausreicht [128], da nach den §§ 922 ff ABGB nur für körperliche Sachen gehaftet wird [129].

Ein Verweis auf die allgemeinen Vorschriften überdie Gewährleistung findet sich dennoch in § 1167 S. 4 ABGB. Damit sind § 932 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 sowie die §§ 928, 933 ABGB anwendbar. Diese Bestimmungen besagen jedoch für die Durchführung der Wandlung nichts.

---

125) vgl.z.B.Pisko, Handelsrecht S.200; OGH v.10.5.50 SZ XXIII 147 = HS 1826
126) Oser/Schönenberger Art 205 Anm. I 1 S. 861
127) vgl. nur Gschnitzer, BT S. 91 f
128) Bericht S. 363
129) Gschnitzer, BT, S. 91

Auch im österreichischen Recht hat der Streit zwischen Herstellungs- und Vertragstheorie eine gewisse Rolle gespielt und wurde zumindest für den Bereich des Kaufes von Ehrenzweig [130] vertreten. Eine dem § 465 BGB entsprechende Regelung fehlt. Aus dem Wortlaut des § 932 Abs. 1 S. 1 ABGB [131] im Gegensatz zu dem des § 1167 S.1 [132] ABGB liesse sich schliessen, daß die Wandlung beim Werkvertrag, um mit der deutschen Teminologie zu sprechen, nicht erst mit dem Einverständnis des anderen Vertragsteils, sondern bereits mit dem Zugang der Wandlungserklärung beim Vertragspartner vollzogen ist [133]. Man wird indes von einem einseitigen Gestaltungsrecht auszugehen haben [134]. Die Wandlung soll den Vertrag aufheben. Mit der vollzogenen Wandlung sollen die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ex tunc erlöschen [135]. Es handelt sich dabei um die gleichen Wirkungen wie beim Rücktritt [136]. Auch für das österreichische Recht sind demnach im Bereich der Wandlung die Rücktrittsvorschriften (insbesondere der Rechtsgedanke des § 921 S. 2 ABGB) für den Umfang der Rückgewährpflichten von Bedeutung und werden ergänzend herangezogen [137].

II. Schweizerisches Recht

Während im schweizerischen Recht der Käufer gemäß Art. 205 OR das Rechthat, "mit der Wandlungsklage den Kauf rückgängig zu machen", kann der Besteller beim Werkvertrag gemäß Art. 368 Abs. 1 OR "die Annahme ... verweigern". Diese unterschiedliche Terminologie ist nach nahezu einhelliger Ansicht ohne Bedeutung: Gemeint ist in beiden Artikeln die Rückgängigmachung des Vertrages auf Grund von Mängeln [138]. Die Lehre verwendet

---

130) § 323 II 1 S. 221
131) "... so kann der Übernehmer die gänzliche Aufhebung des Vertrages ... fordern"
132) "... kann der Besteller vom Vertrag abgehen"
133) Klang/Adler § 1167 Anm. 2 b, insbes. Fn. 2
134) Kulka JurBl 1974, 356 (358); nach Wilhelm JurBl 1975, 177 (183) wird die Wandlung durch richterlichen Gestaltungsakt vollzogen.
135) OGH v. 10.5.50 SZ XXIII 147 = HS 1826 betr. Kauf Klang/Gschnitzer § 932 III
136) OGH v. 12.11.52 SZ XXV 299 = HS 1731
OGH v. 7.11.62 HS 3146
137) Klang/Adler § 1167 Anm. 2 b
138) Isler S.92; Oser/Schönenberger Art.368 Rdnr.7; Schlatter S. 61; Berner Komm./Gautschi Art.308 Rdnr. 1

zuweilen den umfassenderen Begriff "Heimschlagung" [139]. Lediglich Koebel [140] will den Begriff der Wandlung von dem der Annahmeverweigerung unterscheiden. Nach ihm soll die Annahmeverweigerung lediglich vor der Genehmigung (Art.370 OR) möglich sein. Habe der Besteller das Werk dagegen angenommen, so sei dessen Verweigerung nicht mehr denkbar und es müsse in diesem Falle von der Wandlung gesprochen werden, i.e. mit anderen Worten, daß Annahmeverweigerung bei offenen Mängeln und Wandlung bei geheimen Mängeln anzunehmen sei. Koebel räumt aber selbst ein, daß diese Unterscheidung keine Auswirkungen auf die in Art.368 OR angeordnete Rückgängigmachung des Vertrages hat.

Ein dem Richter nach Art. 205 Abs. 2 OR zustehendes Recht, statt der Wandlung lediglich Minderung zuzusprechen, findet sich in Art. 368 OR nicht. Art. 368 OR regelt die Rechtsfolgen für die dort angesprochenen Tatbestände. Der Richter ist daran gebunden [141].

Auch in der Schweiz hat der Theorienstreit um die Vollziehung der Wandlung seinen Niederschlag gefunden. So wird jedenfalls für den Bereich des Kaufes die Vertragstheorie vertreten [142]. Im allgemeinen wird aber von der einseitigen Erklärung der Wandlung ausgegangen [143], da eine dem § 465 BGB entsprechende Vorschrift im OR fehlt [144]. Der eigentliche Streitpunkt, um den es bei dieser Kontroverse geht, das Erlöschen des Wahlrechts hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche wird sowieso anders gelöst: Der Käufer kann nach erklärter Wandlung statt dieser Minderung verlangen, weil das ein Minus gegenüber der Wandlung ist und den Käufer günstiger stellt [145]. Erklärt der Besteller die Minderung, so wird darin ein Verzicht auf die Wandlung gesehen [146]. Hat sich der Unternehmer dagegen mit der Wandlung einverstanden erklärt, so wird man dem Besteller nicht das Recht zubilligen können, einseitig auf Minderung zu

---

139) Berner Komm./Gautschi Art. 368 Rdnr. 10 a
140) S. 119
141) Oser/Schönenberger Art. 368 Rdnr. 1
142) Oser/Schönenberger Art. 205 Rdnr. 5
143) Becker Art. 205 Anm. 2; Berner Komm./Gautschi Art. 368 Rdnr. 10 a
144) Schubiger S. 63 f
145) Becker Art. 205 Anm. 2
146) Becker Art.205 Anm.2; Schlatter S.59 f; v. Tuhr SJZ 18 (1921/1922) 365 (370)

gehen. Insoweit ist das Wahlrecht mit Einverständniserklärung des Unternehmers erloschen [147].

Der Gewährleistungsanspruch auf Wandlung wird als Vertragsrücktritt mit Wirkung ex tunc im Sinne des Art.107 Abs. 2 OR [148] aufgefasst. Das Rücktrittsrecht gemäß Art. 107 Abs. 2 3. Variante OR umschreibt Becker [149] wie folgt: "Das Rücktrittsrecht, ein Gestaltungsrecht, ist die rechtliche Befugnis des Gläubigers, unter den gesetzlichen Voraussetzungen durch einseitigen Rechtsakt das zwischen ihm und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis aufzulösen". Die Wandlungserklärung wird als Ausübung eines Gestaltungsrechtes angesehen mit dessen Hilfe der ursprüngliche Vertrag rückwirkend aufgelöst wird und die Wiederherstellung des Vermögensstandes verlangt werden kann, der ohne Vertragsabschluss bestanden hätte (in integrum restitutio) [150]. Die Wirkungen der Wandlung beim Kauf umschreiben Art. 208, 209 OR, die auf die Wandlung beim Werkvertrag entsprechend anwendbar sind [151]. Das schweizerische Recht geht also von einer rückwirkenden Auflösung der Verträge aus, wobei die gewandelten Verträge gegenseitige Verpflichtungen der Vertragspartner zur Entstehung bringen [152]. Auf der anderen Seite ist aber auch davon die Rede, daß " die aus dem Abschlusskonsens resultierende Lieferpflicht ... sich durch das einseitige Gestaltungsrecht des Empfängers ... in einen klagbaren Gewährleistungsanspruch 'gewandelt'" hat [153]. Das liesse sich auch so deuten, daß sich der Erfüllungsanspruch in einen Rückabwicklungsanspruch umgewandelt hat, was der deutschen Umwandlungslehre entsprechen würde. Wie dem auch sei, so sind die schweizerischen Normen über die Wandlung mit den deutschen vergleichbar und können herangezogen werden [154].

---

147) Walter S. 244
148) Berner Komm./Gautschi Art.368 Rdnr.3a, 10a
149) Art. 109 Anm. 1
150) Berner Komm./Gautschi Art. 368 Rdnr. 10 b betr. Werkvertrag; BG v. 17.11.53 BGE 79 II Nr.64 S.376 (380) betr. Kauf:"Mais l'acheteur ne saurait demander que d'être replacé dans la situation qu'il aurait si le contrat n'avait pas conclu".
151) Berner Komm./Gautschi Art. 368 Rdnr. 11 a
152) Berner Komm./Gautschi Art. 368 Rdnr. 10 a
153) wie Fn. 152
154) Gerade schweizerisches Recht hat der BGH wiederholt herangezogen, um die von ihm gewonnene Auffassung zu stützen. Vgl. nur:
BGH v. 1.4.53 BGHZ 9,157(174) betr.Art.822 IV OR;
BGH v. 22.6.56 BGHZ 21,112(119) betr.Art.335 OR;
BGH v. 19.9.61 BGHZ 35,363(369) betr.Art.49 I OR

C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Betrachtung

Wenn auch die Umwandlungslehre im österreichischen und schweizerischen Recht keine Rolle spielt, so ergibt sich aus dem Dargestellten gleichwohl, dass die gesetzlichen Regelungen der beiden Rechte mit den §§ 346 ff, 467, 634 BGB vergleichbar sind und demzufolge zur Lösung von Zweifelsfragen mitherangezogen werden können.

2. Abschnitt

Die Voraussetzungen der Wandlung

A. Deutsches Recht

I. Der Kaufvertrag

Gemäß § 462 BGB kann der Käufer wegen eines Mangels Wandlung oder Minderung verlangen. Zwischen beiden Rechten kann er wählen. Ein Nachbesserungsanspruch, den der Käufer zunächst geltend machen müßte, ist im Gegensatz zum Werkvertragsrecht beim Kauf gesetzlich nicht vorgesehen, wird aber mehr und mehr in die Geschäftsbedingungen, insbesondere bei Lieferungskäufen, aufgenommen [1], ja sogar generell eine Nachbesserungspflicht des Verkäufers, deren Erfüllung ggf. analog § 633 Abs. 2 BGB durchgesetzt werden kann. Jedenfalls kann der Käufer nach Treu und Glauben verpflichtet sein, dem Verkäufer die Abwendung der Mängelrechte durch Nachbesserung zu ermöglichen, wenn der Fehler in einer für den Käufer zumutbaren Weise behoben werden kann [2]. Die Gewährleistungsansprüche treten auch wieder in Kraft, wenn die Nachbesserung nicht möglich ist oder vom Verkäufer verweigert wird, und zwar auch dann, wenn die anderen Rechte vertraglich ausgeschlossen waren [3].

Der Begriff des Sachmangels ergibt sich aus § 459 BGB. Es wird der sogen. subjektive Fehlerbegriff [4] zugrundegelegt. Ein unerheblicher Fehler kommt nicht in Betracht (§ 459 Abs. 1 S. 2 BGB). Für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften wird immer gehaftet (arg. § 459 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB) [5].

---

1) dazu Götz, Sachmängelbeseitigung passim
2) Esser II § 64 II 1 S. 54
3) BGH v. 29.10.56 BGHZ 22,90 (100); vgl. dazu unten S.286f
4) Larenz II § 41 I a S.34 f
5) Motive II S. 225

II. Der Lieferungskauf

Gemäß § 651 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. BGB finden auf den Lieferungskauf (§ 651 Abs. 1 S. 1 BGB) die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

III. Der Werkvertrag

Die Voraussetzungen für die Wandlung sind in § 634 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB geregelt. Wenn das Werk Mängel i.S.d. § 633 Abs. 1 BGB aufweist, ist zunächst der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auf Leistung des versprochenen Werkes und ein Nachbesserungsanspruch (§ 633 Abs. 2 BGB) (insbesondere nach der Abnahme) als Erfüllungsanspruch an dem konkreten mangelhaften Werk, das sich als Erfüllungsversuch (Teilerfüllung) darstellt, gegeben. Der Besteller kann, erfüllt der Unternehmer seine Leistungspflicht nicht vollständig, auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) erheben oder auch die übrigen sich aus den allgemeinen Regeln ergebenden Rechte (§§ 325, 326 BGB) geltendmachen [6]. Er kann aber auch nach seiner Wahl den Weg des § 634 BGB gehen und Nachbesserung verlangen, zur Beseitigung des Mangels eine Frist setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf die Gewährleistungsansprüche Wandlung oder Minderung geltendmachen [7]. Ausnahmsweise kann die Fristsetzung fehlen,

wenn die Beseitigung des Mangels nicht möglich ist,

wenn sie vom Unternehmer verweigert wird,

wenn ein besonderes Interesse des Bestellers (zur sofortigen Minderung oder Wandlung) vorliegt [8].

Für die Wandlung mit ihren weitreichenden wirtschaftlichen Konsequenzen insbesondere für den Unternehmer, der keinen Werklohn erhält und ein für ihn unbrauchbares auch nicht anderweitig verwertbares Werk zurückzunehmen hat, sind gegenüber der Minderung besondere Voraussetzungen gerechtfertigt. Daher ist die Wandlung nach § 634 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert.

---

6) Korintenberg S. 154; BGH v. 4.6.73 WPM 1973, 995 "Fabrikhalle"

7) dazu Motive II S. 479 f

8) vor allem Staudinger/Riedel § 634 Rdnr. 5 - 8; Planck/Oegg § 634 Anm. 1; Korintenberg S. 159 ff

Aus § 633 Abs. 1 BGB ergibt sich der Begriff des Werkmangels. "Fehler" ist demnach jede "Abweichung des Werkes von der nach dem Vertrage gesollten Beschaffenheit, durch die sein Wert oder sein Gebrauchszweck beeinträchtigt wird [9]. Es wird also der subjektive oder konkrete Fehlerbegriff zugrundegelegt [10]. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes bleibt außer Acht (§ 634 Abs. 3 BGB) [11].

Eigenschaften des Werkes können nicht nur natürliche Eigenschaften des herzustellenden Werkes sein, sondern auch solche tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse, die nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung ausüben [12]. Die Vertragspartner müssen vereinbaren, daß der Unternehmer für das Vorhandensein der Eigenschaften haften soll. Da die Grundsätze der Gewährleistung beim Werkvertrag denjenigen des Kaufes nach dem Willen des Gesetzgebers entsprechen sollten [13], ist trotz des allgemeinen Ausdruckes "Mangel" in § 634 BGB in Übereinstimmung mit den Kaufvorschriften (§ 459 Abs. 1 S. 1 BGB) nur auf den Fall, daß dem Werk ein Fehler im engeren Sinne anhaftet, zu beziehen. Beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ist die Wandlung beim Werkvertrag demnach nicht ausgeschlossen [14], auch wenn dadurch der Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich gemindert wird.

IV. Der Werklieferungsvertrag im engeren Sinne

Gemäß § 651 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. BGB gelten infolge der Verweisung auf das Werkvertragsrecht für die Wandlung beim Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen dieselben Voraussetzungen wie für die Wandlung beim Werkvertrag.

---

9) Larenz II § 53 II S. 223 f
10) dazu im einzelnen Staudinger/Riedel § 633 Rdnr. 19
11) dazu Korintenberg S. 161; BGB-RGRK-Denecke § 634 Anm. 6; Planck-Oegg § 634 Anm.3; RG v. 14.4.05 JW 1905,339 Nr.8;v.24.10.19 Warn 13 (1920)Nr.107 S.136
12) Staudinger/Riedel § 633 Rdnr. 18
13) Motive II S. 225; arg. § 634 IV: Verweis auf Kauf
14) so bereits KG v. 19.11.03 OLG 7,477; RG v. 31.5.07 RGZ 66, 167 (169), v.4.2.13 JW 1913, 480 Nr. 1; Palandt/Thomas § 634 Anm. 2 e

V. Der Ausschluß der Wandlung

Neben den bereits erörterten §§ 459 S. 2, 634 Abs. 3 BGB ist die Wandlung weiterhin in den Fällen der §§ 464,640 Abs.2 BGB gesetzlich ausgeschlossen [15)16)].

B. Ausländisches Recht

I. Österreichisches Recht

1. Der Kaufvertrag

Die Voraussetzungen der Wandlung beim Kauf richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Gewährleistung bei entgeltlichen Verträgen (§§ 922 ff ABGB). Die Sachmängelhaftung bezieht sich auf Mängel i.e.S., das Fehlen gewöhnlicher, nach der Verkehrssitte vorausgesetzter Eigenschaften, sowie auf bedungene, also zugesicherte Eigenschaften (§§ 922 f ABGB). Bei unbehebbarem Kaufmangel kann der Übernehmer die gänzliche Aufhebung des Vertrages verlangen (§ 932 Abs. 1 S. 1 ABGB). Lehnt der Verkäufer eine Nachbesserung ab, da sie unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, so steht das analog § 1167 S. 2 ABGB der Unbehebbarkeit gleich [17)]. Hat der Käufer Nachbesserung verlangt und ist ein erster Versuch mißlungen, so ist der Käufer berechtigt, den Mangel als unbehebbar zu behandeln und den Kaufvertrag zu wandeln [18)].

2. Der Werkvertrag

Der Mangelbegriff des § 1167 Abs. 1 S. 1 ABGB bezieht sich sowohl auf körperliche als auch auf unkörperliche Werke. Das stellen die Materialien zur 3. Teilnovelle [19)] ausdrücklich klar: Sie motivieren die besondere Vorschrift des § 1167 ABGB für den Werkvertrag gerade damit, daß der Unternehmer im Gegensatz zu § 932 ABGB nicht nur für Mängel einer herzustellenden Sache, sondern "auch des sonst übernommenen Arbeitserfolges" Gewähr zu leisten habe [20)].

§ 1167 S. 1 BGB setzt für die Zulässigkeit der Wandlung "wesentliche" Mängel des Werkes voraus.

---

15) dazu Staudinger/Riedel § 634 Rdnr.11 sub 4 e; Korintenberg S. 162 Fn. 28 Abs.2; RG v. 6.2.14 Warn 7 (1914) Nr. 152

16) zum Ausschluß der Wandlung durch vertragl.Vereinbarung, insbes. AGB vgl. unten S. 285 ff

17) Gschnitzer, AT § 17 E II S. 81

18) OGH v. 3.2.72 JurBl 1972, 529 betr. Kauf e. neuen Pkw, dazu Wilhelm JurBl 1975, 113 ff

19) S. 363

20) anders Klang/Adler/Höller § 1167 Anm. 1

"Wesentlich" ist ein Mangel i.S. des § 1167 ABGB S. 1 nur, wenn er "das Werk unbrauchbar macht oder einer ausdrücklichen Bedingung zuwiderläuft". Was darunter zu verstehen ist, ist unterschiedlich beantwortet worden [21]. Als heute wohl herrschende Meinung, die im Ergebnis vom subjektiven Fehlerbegriff des deutschen Gewährleistungsrechts ausgeht [22], ist festzuhalten, daß ein Mangel nicht schon dann wesentlich ist, wenn der Mangel die Brauchbarkeit des Werkes aufhebt, sondern erst dann, wenn er nicht sogleich behoben werden kann, also entweder überhaupt nicht oder doch nur mit erheblichem Aufwand an Zeit, Arbeit oder Kosten einer Nachbesserung zugänglich ist [23]. Mängel, die bei Werken des einzelnen Vertragstyps gewöhnlich vorkommen und deren Nachbesserung üblicherweise gestattet werden muß, können nicht als wesentliche Mängel angesehen werden [24]. Allerdings muß die Nachbesserung das Werk fehlerlos machen [25]. Würde die Nachbesserung zu einem Flickwerk führen, so ist der Mangel als unbehebbar anzusehen (§ 1167 Abs. 4 i.V.m. § 932 Abs. 1 ABGB), allein schon deswegen, weil das äußere Bild des Werkes die Werkleistung unbrauchbar machen würde und damit ein wesentlicher Mangel vorläge [26]. Bei Zugrundelegung des subjektiven Fehlerbegriffs sind also wesentliche Mängel nur solche, die den ordentlichen oder vertragsmäßigen Gebrauch ausschließen [27]. Behebbare Mängel schliessen den vertragsmässigen Gebrauch im Ergebnis nicht aus, da sie behoben werden können. Somit schränkt die neue Lehre die Wandlung gegenüber § 634 BGB erheblich ein. Bei behebbaren Mängeln gibt es Wandlung nur dann, wenn der Aufwand zu hoch wird oder erst die Nachbesserung zu einem Mangel im obigen Sinne führt. Auch bei der zugesicherten Eigenschaft ist der Mangel nur dann wesentlich, wenn er nicht gleich verbessert werden

---

21) vgl.die ausführliche Darstellung bei Walter S.167 ff; vgl. auch Ehrenzweig § 375 II; Gschnitzer § 25 B II; Swoboda S. 325; K.Wolff S. 185; Weiß § 1167 Anm. 2
22) Walter S. 169 m. eingehender Begründung
23) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm.2 aa;OHG v.17.12.52 EvBl (ÖJZ)1953 Nr.161(S.209);OGH v.16.6.62 GR 1963,14
24) OGH 5.1.27 SZ IX Nr.8 S.17 f (18); Klang/Adler/Höller § 1167 Anm.2 aa Text u.Fn.15
25) wie Fn. 24
26) Klang/Adler/Höller aaO
27) vgl. Zeiller § 1153 unter 2

kann [28].

Eine Wandlung nach Fristablauf (§ 1167 S. 3 ABGB) kommt im österreichischen Recht unter Zugrundelegung der neueren Ansicht [29], daß ein wesentlicher Mangel nur ein unbehebbarer im oben umschriebenen Sinne ist, nur in folgenden Fällen vor:

ein leicht behebbarer Mangel wird durch mißlungene Nachbesserung zu einem unbehebbaren und auch im übrigen i.S.d. § 1167 S. 1 ABGB wesentlichen Mangel; es liegt zwar ein objektiv behebbarer, aber nur unter grossem Aufwand zu beseitigender Mangel vor; der Unternehmer lässt sich auf einen Nachbesserungsversuch ein; dieser mißlingt; der Besteller kann wandeln, weil ein unbehebbarer wesentlicher Mangel vorliegt. In allen anderen Fällen bleibt dem Besteller bei fruchtlosem Verstreichen der Frist lediglich die Minderung [30].

Es bleibt festzuhalten, daß im österreichischen Recht beim Werkvertrag die Möglichkeit zu wandeln eingeschränkt und dem Kaufrecht angenähert wird.

3. Der Lieferungskauf und der Werklieferungsvertrag

Diese richten sich je nach Einordnung nach Kauf- oder Werkvertragsrecht (vgl. § 1166 ABGB) [31].

4. Der Ausschluss der Wandlung

Sämtliche Rügerechte des Bestellers, also auch die Wandlung sind gesetzlich ausgeschlossen, wenn die Mängel unerheblich sind, also den Wert des Werkes nur geringfügig mindern (§ 1167 S.4 i.V.m. § 932 Abs.2 ABGB) [32].

---

28) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm.2 a ß gegen Ehrenzweig § 375 II 1 a S.520 Text zu Fn.25; Dniestrzański S.170; wieHöller OGH 21.4.64 SZ XXXVII Nr. 61; vgl. schon OGH 5.1.27 SZ IX Nr. 8; OGH v. 17.12.52 EvBl (ÖJZ) 1953 Nr.161 (S.209 f); vgl. dazu auch Kulka JurBl 1974,356(357);OGH v.13.2.62 HS 3160

29) Nach alter Auffassung konnte der Besteller bei wesentlichen aber behebbaren Mängeln Wandlung verlangen: Weiß § 1167 Anm. 2; Ehrenzweig § 375 II 1 a S. 520 Text zu Fn.26; Block JurBl 42 (1913) 85; OGH v. 2.10.30 Zentral Blatt 49 (1931) Nr. 197 S.593; OGH v. 26.10.15 ZBl 38 (1920) Nr. 185; OGH v.3.12.13 GlUNF Nr. 6418 S. 312 (314); ebenso wohl noch OGH v. 13.2.62 EvBl (ÖJZ) 1962 Nr. 509 (S.659)=HS 3160; OGH v. 14.5.64 JurBl 1964,565

30) § 1167 S. 2 ABGB, dazu Klang/Adler/Höller § 1167 Anm.3 a b; OGH v. 21.4.64 SZ XXXVII Nr. 61 S. 184

31) vgl. eingehend Walter S. 67 ff

32) zum Ausschluß der Wandlung durch AGB im österreichischen Recht vgl. unten S.286 f Fn. 6

II. Schweizerisches Recht

1. Der Kaufvertrag

Art. 205 OR gibt dem Käufer bei Vorliegen eines Mangels i.S.d. Art 197 ff OR freie Wahl zwischen Wandlung und Minderung. Dem Richter steht es allerdings zu, entgegen der Wahl des Käufers statt der Wandlung nur Minderung zuzusprechen (Art. 205 Abs. 2 OR).

Nach Art. 197 OR haftet der Verkäufer für Mängel, die den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Welcher Gebrauch als vertragsgemäß vorausgesetzt werden kann, muß sich abgesehen von den besonderen Absprachen der Vertragsparteien aus den Umständen und der Natur des Vertrages ergeben. Als schlechthin vorausgesetzt wird derjenige Gebrauch, dem die Kaufsache gewohnheitsmässig ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entsprechend zu dienen hat. Außerdem kann ein bestimmter Gebrauch auch dann als vorausgesetzt erscheinen, wenn aus den Vertragsverhandlungen hervorgeht, daß der Käufer die Sache zu einem speziellen Gebrauch erwerben wollte und der Verkäufer ihn durch sein Verhalten in der Erwartung, daß die Sache dann tauglich sein werde, bestärkt [33]. Für den Begriff des gewöhnlichen Mangels geht das schweizerische Recht von einem objektiven Fehlerbegriff aus [34]. Die durchschnittlich vorauszusetzenden Eigenschaften müssen vorhanden sein. Ob der Mangel den vorausgesetzten Gebrauch erheblich mindert, hängt von den konkreten Vertragszwecken ab [35]. Sind keine besonderen Anhaltspunkte vorhanden, ist auf die Verkehrsanschauung abzustellen [36]. Will der Käufer sich gegen geringere Mängel schützen, so kann er sich Eigenschaften zusichern lassen. Als Eigenschaften gelten alle Merkmale der Sache, die nach den Anschauungen des Verkehrs deren Wertschätzung beeinflussen. Es kann deren Vorhandensein und deren Fehlen vereinbart werden [37]. Jede Abweichung von der Sollbeschaffenheit stellt sich dann als Mangel dar.

---

33) Oser/Schönenberger Art. 197 Rdnr. 12
34) Walter S. 173
35) Oser/Schönenberger Art. 197 Rdnr. 15
36) vgl. BG v. 21.10.98 BGE 24 II 738 (746 f) Nr. 86
37) Oser/Schönenberger Art. 197 Rdnr. 9; dazu im einzelnen Walter S. 174 ff

2. Der Werkvertrag

Nach Art. 368 Abs. 1 OR ist der Besteller zur Annahmeverweigerung berechtigt, wenn das Werk an so erheblichen Mängeln leidet oder sonst so sehr vom Vertrag abweicht, daß es für den Besteller unbrauchbar ist oder daß ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Damit beschränkt das schweizerische Recht ähnlich wie das österreichische (§ 1167 S. 1 ABGB) die Wandlung auf Fehler schwerwiegender Art.

a) Mängel und Vertragsabweichungen

Was unter Mängeln im Gegensatz zu den sonstigen Vertragsabweichungen zu verstehen ist, bleibt auf den ersten Blick unklar. Da aber Art. 368 OR, der die Ansprüche umschreibt, die dem Besteller zustehen, wenn das Werk Mängel aufweist und der Besteller seiner Rügepflicht (Art. 367 Abs. 1 OR) Genüge getan hat, sich der Regelung beim Kauf anschliesst, ist davon auszugehen, daß der Umfang der vom Unternehmer zu vertretenden Mängel (im weiteren Sinne) dem beim Kauf entspricht [38]. Der Unternehmer haftet demnach dem Besteller für körperliche und rechtliche Mängel und für zugesicherte Eigenschaften [39]. Es handelt sich daher bei Art. 368 Abs. 1 OR lediglich um eine etwas andere Formulierung, der keine weitere Bedeutung zukommt [40]. Die sonstigen Abweichungen vom Vertrag entsprechen dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaften [41]. Danach liegt ein Werkmangel vor, wenn das Werk im Vergleich zu einem normalen Werk der gleichen Art Fehler aufweist, die es in seinem Wert oder seiner Brauchbarkeit beeinträchtigen [42].

b) Erheblichkeit des Mangels i.S.d. Art. 368 Abs. 1 OR

Im schweizerischen Recht wird die Wandlung nicht für jeden Mangel zugelassen. Die Wandlung steht dem Besteller nur bei "erheblichen" Mängeln zu. "Erheblich" ist ein Mangel dann, wenn das Werk "für den Besteller unbrauchbar" ist oder ihm "die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann" (Art. 368 Abs. 1 OR).

aa) Die Unbrauchbarkeit des Werkes

Das Werk ist für den Besteller unbrauchbar, wenn es

---

38) Oser/Schönenberger Art.368 Rdnr.2; Schlatter S.47; Guhl § 47 III b S. 424
39) dazu im einzelnen Walter S. 172 ff
40) zutr.Walter S. 172 f
41) Oser/Schönenberger Art. 368 Rdnr. 2
42) vgl. dazu Walter S. 173

für seine Zwecke nicht verwendbar ist [43]. Die Unbrauchbarkeit des Werkes richtet sich demnach nach den subjektiven Bedürfnissen des Bestellers [44]. Das Werk ist dann für den Besteller untauglich, wenn es nicht die von ihm erkennbar als conditio sine qua non des Vertrages vorausgesetzte Beschaffenheit besitzt [45]. Die Verhältnisse des Bestellers müssen also dem Unternehmer bekannt, zumindest aber erkennbar gewesen sein [46]. Mit der Berücksichtigung der persönlichen Interessen des Bestellers wird der objektive Fehlerbegriff jedenfalls für das Werkvertragsrecht nicht unbeträchtlich eingeschränkt. Das hat zur Folge, daß sich im Ergebnis das schweizerische Recht insoweit vom deutschen und österreichischen Recht nicht wesentlich unterscheidet [47].

Wie im österreichischen Recht wird auch im schweizerischen Recht ein Mangel dann nicht als erheblich (wesentlich) angesehen, wenn die Mängel beseitigt werden können, da dann von einer Unbrauchbarkeit nicht gesprochen werden könne [48]. In solchenFällen liegen nur mindererhebliche Mängel i.S.d. Art. 368 Abs. 2 OR vor, der die Wandlung ausschließt. Das soll insbesondere dann gelten, wenn nur ein Teil des Werkes unbrauchbar ist und ersetzt werden kann [49].

bb) Die Unzumutbarkeit der Abnahme des Werkes

Die andere mögliche Voraussetzung der Wandlung ist die der Unzumutbarkeit der Abnahme des Werkes für den Besteller. Diese Voraussetzung schliesst im allgemeinen die der Unbrauchbarkeit des Werkes für den Besteller ein. Denn die Abnahme eines unbrauchbaren Werkes ist für den Besteller in der Regel nicht zumutbar [50].

---

43) Oser/Schönenberger Art. 368 Rdnr. 7
44) Schlatter S. 48
45) Isler S. 93
46) Schlatter S. 48; Walter S. 177
47) Walter S. 177
48) Isler S. 93; Becker Art. 368 Rdnr.4; einschränkend Oser/Schönenberger Art. 368 Rdnr. , der auf eine leichte Behebbarkeit der Mängel abstellt, dem folgend Walter S. 177, ebenso Cour de justice civ.Genf v. 17.1.19 SJZ 15 (1918/19)297 Nr. 198 "...l'ouvrage présente des défauts pourrant être corrigés sans difficulté par le constructeur, il s'agit des défauls de moindre importance prévus par l'art 368 al. 2. Le maître dans ce cas ne peut refuser l'ouvrage ..."
49) Becker Art.368 Rdnr.4
50) vgl. Isler S.94; Walter S.177

Mit der allgemein gehaltenen Voraussetzung der Unzumutbarkeit sollen offensichtlich weitere Fälle erfaßt werden, und zwar sollte neben die absolute Unbrauchbarkeit des Werkes eine sonstige Unzumutbarkeit der Annahme treten. Letztere liegt nach der Literatur dann vor, wenn eine wesentliche Beeinträchtigung der Zweckbestimmung vorliegt [51]. Auch soll allgemein an die Fälle der vertragswidrigen Herstellung gedacht sein, also an grobe Verletzungen der Vertragspflichten [52]. Als Beispiel wird das Fehlen wesentlicher zugesicherter Eigenschaften angegeben [53]. Bei den Fällen der zugesicherten Eigenschaft ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Brauchbarkeit des Werkes sich auch im schweizerischen Recht nach den subjektiven Verhältnissen des Bestellers richtet. Wenn Zusicherungen nicht eingehalten werden, wird der Vertragszweck nicht erreicht und das Werk ist für den Besteller unbrauchbar [54]. Ein Fall der vertragswidrigen Herstellung liegt dann vor, wenn der Unternehmer eine wesentliche Vorschrift des Bestellers mißachtet hat [55], etwa die Mißachtung von Placierungswünschen des Bestellers beim Zeitungsinserat.

Die Unterscheidung zwischen Brauchbarkeit und dem weiteren Begriff der Zumutbarkeit [56] ist demnach wenig fördernd, sondern dient in der Praxis in der Regel nur als weitere Begründung, die ihre Entscheidungen endgültig absichern sollen [57].

3. Der Werklieferungsvertrag

Die Mehrzahl der Formen des Werklieferungsvertrages werden im schweizerischen Recht dem Kauf zugeordnet [58], so daß für die Wandlung die Vorschriften über den Kauf anzuwenden sind.

4. Der Ausschluß der Wandlung

Im Werkvertragsrecht ist bei minder erheblichen Mängeln, also bei solchen, die ohne Schwierigkeiten beho-

---

51) Oser/Schönenberger Art. 368 Rdnr. 7
52) Isler S. 94
53) Becker Art. 368 Rdnr.7; Oser/Schönenberger Art. 368 Rdnr.7; BG v. 13.12.16 BGE 42 II 622 (632 ff) Nr.99 betr. Lieferung einer Presse
54) zutr. Walter S. 177
55) Isler S. 94; Becker Art. 368 Rdnr. 5
56) dazu Isler S. 95; Becker Art. 368 Rdnr. 5; OG Zürich v. 11.6.15 BlZR 15, 326 N. 196
57) KG St. Gallen v. 20.6.47 SJZ 44(1948)Nr. 107 S.310 f
58) zur Abgrenzung im einzelnen vgl. Walter S. 72 ff

ben werden können, die Wandlung gesetzlich ausgeschlossen (Art. 368 Abs. 2 OR).
Ein Ausschluß der Wandlung ist bei Bauverträgen vorgesehen: Nach Art. 368 Abs. 3 OR ist "bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen entfernt werden können" die Annahmeverweigerung nicht zulässig [59) 60)].

C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Betrachtung

I. Kauf

Die Wandlung ist beim Kauf und den ihm unterstellten Verträgen in allen drei Rechtsordnungen im wesentlichen in gleicher Weise vorgesehen, so daß es durchaus sinnvoll ist, auch auf die Durchführung der Wandlung in den drei Rechten einzugehen.

II. Werkvertrag

Während in der Schweiz und in Österreich die Wandlung grundsätzlich gleichberechtigt neben den übrigen Rügerechten des Bestellers steht, ist sie im deutschen Recht von vornherein subsidiär.
Das gleiche Ergebnis erreichen das österreichische und das schweizerische Recht aber dadurch, daß sie die Wandlung auf erhebliche im wesentlichen unbehebbare Mängel beschränken. Das deutsche Recht hilft sich mit der Negativbestimmung des § 634 Abs. 3 BGB.
Was den Sachmangelbegriff anbelangt, so ergibt sich aus dem Ausgeführten, daß wenigstens im Ergebnis eine weitgehende Übereinstimmung besteht. Die Voraussetzungen für die Wandlung sind trotz der bestehenden Unterschiede im wesentlichen gleich: Die Gesetzgeber wollten dem Unternehmer, der seine Arbeitszeit, Geräte, ggf. auch Werkstoffe für das Werk zur Verfügung gestellt hat, den Anwendungsbereich der Wandlung einschränken. Dabei setzen das österreichische und schweizerische Recht bei der Intensität des Fehlers an, während im deutschen Recht die Wandlung erst nach erfolgloser oder verweigerter Nachbesserung möglich ist

---

59) zu dieser Bestimmung vgl. ausführlich unten S. 256 ff

60) zum vertraglichen Ausschluß der Wandlung durch AGB im schweizerischen Recht vgl. S. 286 f Fn. 6

und nur dann, wenn der Fehler nicht unerheblich ist. Wegen dieser im wesentlichen gleichartigen Grundlage aller drei Rechte ist es möglich, die Auswirkungen der Wandlung bei diesen Rechten zu vergleichen und die im ausländischen Recht gefundenen Ergebnisse für das eigene Recht nutzbar zu machen.

3. Abschnitt

Der Umfang der Rückgewährpflichten bei der Wandlung des Kaufvertrages

A. Deutsches Recht

I. Grundlagen

Auf die Wandlung beim Kauf sind nach § 467 S. 1 BGB die für den vertraglichen Rücktritt geltenden Vorschriften der §§ 346 - 348 BGB "entsprechend" anzuwenden. Dabei regeln § 346 und § 347 S. 2 und 3 BGB die Rückgewährpflichten für den Normalfall und § 347 S. 1 BGB befaßt sich mit den Ansprüchen der Beteiligten, wenn die Rückgewähr der Leistungen nicht mehr im ursprünglichen Zustand möglich ist. Hinzukommt § 467 S. 2 BGB.

Diese gesetzlichen Bestimmungen sind als punktuelle Regelung einzelner Ansprüche zu verstehen, die sich aus der Wandlung ergeben. Sie sind im Rahmen des durch die Wandlung in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgestalteten ursprünglichen Vertrages zu befriedigen, wobei im Hinblick auf das Rückabwicklungsverhältnis und dessen Zielsetzung bei der Wandlung sich noch weitere Ansprüche aus dem Abwicklungsverhältnis ergeben können, deren Rechtfertigung in der "entsprechenden" Anwendung der Rücktrittsbestimmungen auf die Wandlung beim Kauf als auch in dem Sinn, Zweck und Ziel der Wandlung zu suchen ist.
Die Vorschriften über die Rückgewährpflichten beim vertraglichen Rücktritt (§§ 346 ff BGB) lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die vor dem erfolgten Rücktritt eingetretenen Erfüllungseffekte sind wieder rückgängig zu machen,
2. Die Folgen der Erfüllung hinsichtlich Nutzungen aus der Erfüllungsleistung, Verwendungen auf sie und ihre Veränderungen sind ebenfalls auszugleichen.

Daraus folgt, daß der Vertrag beim vertraglichen Rücktritt zumindest auf den Zeitpunkt vor der Erfüllung zurückgedreht wird. Es ist demnach der Zustand wiederherzustellen, der vor der Leistung bestanden hat. Die erfolgte Erfüllung ist rückgängig zu machen, also der Zustand herzustellen, als ob nie erfüllt, geleistet worden wäre, was aus den Worten "die empfangenen Leistungen zurückzugewähren" (§ 346 S. 1 BGB) zu folgern ist. Folgen eines wirksamen (zum Teil) erfüllten Ver-

trages sollen wieder beseitigt werden. Der status quo ante hinsichtlich der Erfüllungsleistungen soll erreicht werden. Dieses Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte des § 346 S. 1 BGB bestätigt. Der erste Entwurf in § 427 Abs. 1 und der zweite Entwurf in § 298 Abs. 1 S. 1 hatten in ihrem Wortlaut nicht eindeutig auf die Lage vor der Erfüllungsleistung, also den Zeitpunkt der Erfüllungshandlung abgestellt, sondern eine allgemeine Formulierung gewählt: Die Parteien sind bei erfolgtem Rücktritt so untereinander berechtigt und verpflichtet, "wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre". Darunter verstand man "insbesondere" die Tatsache, daß kein Teil eine nach dem Vertrag ihm geschuldete Leistung beanspruchen kann[1], d.h. also Wegfall der gegenseitigen Leistungspflichten, und daß die Vertragspartner zur Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen verpflichtet sind. In den Motiven[2] findet sich ferner der Satz, daß "durch die Rücktrittserklärung unmittelbar ... für beide Teile ... der persönliche Anspruch und die persönliche Zurückversetzung in die Lage begründet" wird, "als ob der Vertrag gar nicht geschlossen wäre, eine obligatio ad restituendum in integrum". Wenn der Inhalt der durch den Rücktritt eintretenden Verpflichtungen darin besteht, einen Vertrag rückgängig zu machen, also die Folgen der Erfüllungshandlungen zu beseitigen, geht die Formulierung des Entwurfes und der Motive und derjenigen, die sich dieser Formulierung angeschlossen haben[3], zu weit, wenn verlangt wird, daß die Parteien untereinander verpflichtet seien, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre, denn damit wird die Rückgewähr der auf Grund des Vertrages erhaltenen Leistungen verlassen und es liegt die Annahme nahe, die Parteien sollen entsprechend § 249 BGB das negative Interesse ersetzen[4].

---

1) so E I § 427 Abs. 1, während E II § 298 Abs. 1 S.2 davon spricht, daß jeder Vertragspartner berechtigt ist, "die ihm nach dem Vertrage obliegende Leistung zu verweigern"
2) Mot II S. 281 oben
3) z.B. Enneccerus/Lehmann § 38 II S. 165 mit Fn. 5; vgl. auch Marcusen ZBJV 1884 (25) 543; RG v. 16.6.03 RGZ 55,112
4) insoweit zutreffend Leonhard S. 40

Das würde aber bedeuten, daß nicht ein früherer Zustand, sondern der Zustand angesprochen wäre, der jetzt bestehen würde. Das entspräche dem § 249 Satz 1 BGB. Danach wäre der Zustand herzustellen, der jetzt zur Zeit des Rücktritts bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Dann wäre in der Tat das negative Interesse, u.a. etwaige Vorbereitungskosten, Unterlassung eines anderen Geschäftsabschlusses usw., zu ersetzen. Daß das negative Interesse mit der Formulierung der Entwürfe nicht gemeint war, ergibt sich bereits aus den Motiven [5]:

"Aus der Verbindlichkeit zur Herstellung des früheren Zustandes folgt", daß vom Rücktrittsberechtigten ebenso wie vom anderen Teil die dort im einzelnen aufgezählten Positionen, die den heutigen §§ 346, 347 BGB entsprechen, "zurückzugewähren sind".

Aus dieser Verknüpfung der einzelnen Ansprüche mit dem Bild der "Herstellung des früheren Zustandes" ist zu folgern, daß nicht ein negatives Interesse gemeint war, sondern lediglich die Wiederherstellung des Zustandes im Zeitpunkt der Erbringung der Vertragsleistungen. Der sich anschließende Satz in den Motiven [6], in dem ausgesprochen ist, daß der Rücktrittsgegner "Nach den Prinzipe" "zur Vornahme derjenigen Handlungen verpflichtet ist, welche nach den konkreten Verhältnissen erforderlich sind, um den anderen Teil wieder in die Lage zu versetzen wie wenn der Vertrag überhaupt nicht geschlossen worden wäre", ist nach dem Zusammenhang so zu verstehen, daß die Wiederherstellung der Lage gemeint ist, die bestehen würde, wenn nicht geleistet worden wäre. Zumindest war die Formulierung der Entwürfe mißverständlich. Sie ist daher schon bei der Diskussion des Entwurfs und der Motive auf Ablehnung gestoßen: So wurde argumentiert, ohne Vertragsabschluß wären die Parteien überhaupt nicht einander verpflichtet gewesen, während der Rücktritt doch die Verpflichtung zur Redhibition, der Wiederherstellung des früheren Zustandes begründe [7]. Der nicht geschlossene Vertrag wäre auch nicht erfüllt worden, und die eingetretenen Erfüllungseffekte brauchen nicht rückgängig gemacht zu

---

5) Mot II, S. 281 unten.
6) Mot II, S. 281 unten.
7) Cretschmar AcP 82 (1894) S. 127.

werden [8]. Diese Kritik ist zwar nicht einleuchtend, weil es durchaus möglich ist, den Vertrag als nicht geschlossen anzusehen (Fiktion), wenngleich er bestanden, also Wirkungen gezeigt hat. Auf Grund des bestehenden Vertrages war zu erfüllen, erst mit der Rücktrittserklärung wird der Vertrag als nicht geschlossen angesehen. Gleichwohl folgte die Kommission der Kritik unter ausdrücklicher Nennung Strohals und gab dem § 298 Abs. 1 E II die heute in § 346 S. 1 BGB stehende Fassung, folgte aber nicht Strohals Begründung, sondern verwies auf das mögliche Mißverständnis in Bezug auf das negative Interesse (Vertrauensschaden) [9].

Daß nicht das negative Interesse zu ersetzen ist, ist für die Umwandlungslehre [10] ohne weiteres zu begründen: Die Leistungspflichten kehren sich um, der Vertrag bleibt bestehen, er wird nicht wegfingiert. Werden die Leistungspflichten in ihr Gegenteil verkehrt,so wird damit zum Ausdruck gebracht, daß die Parteien in die Lage zurückversetzt werden sollen, wie wenn auf Grund des Vertrages keine Leistungen erfolgt wären. Die Rückgewährpflicht der Parteien bezieht sich demnach auf den Zeitpunkt, in dem die Vertragsleistungen erbracht worden sind. Ein negatives Interesse (Vertrauensschaden) ist demnach beim Rücktritt nicht zu ersetzen [11]. Das ergibt sich für den Rücktritt auch daraus, daß das Gesetz für die Wandlung den Ersatz eines Teils des Vertrauensschadens vorsieht (§§ 467 S. 2 BGB), was sich aus einer anderen gleich zu erörternden gesetzgeberischen Konzeption ergibt.

Nach § 462 BGB hat der Käufer einer Sache wegen eines Sachmangels, den der Käufer nach den §§ 459, 460 BGB "zu vertreten" hat, einen Wandlungsanspruch. Der Zweck, der mit der Wandlung verfolgt wird, ist zu-

---

8) so Strohal JhJb 33 (1894), 361 (368)
9) Prot VI S. 158
10) vgl. oben S. 19 ff
11) Stoll, Diss S. 72 f; Schollmeyer § 346 Anm. 2 S. 257; anders noch z.T. die ältere Rechtspr.:RG v. 9.10.12 JW 1913 S. 27 Nr. 13; RG v.4.2.05 Recht 1905 Nr.1112 S. 250; RG v. 4.2.08 LZ 1908,Sp.302 Nr.26; RG v. 16.12.06 JW 1906,202 Nr. 21 und öfter; richtig dagegen: RG v. 7.10.05 SA 61 Nr.29 S.49 ff

nächst der gleiche wie der des Rücktrittsrechts: Es soll durch "Rückleistung" der Zustand wiederhergestellt werden, der bestehen würde, wenn nicht geleistet worden wäre. Es ist auf den Zeitpunkt der Leistung abzustellen. Die sich im Schrifttum findende Formulierung, die den Entwürfen zu § 346 S. 1 BGB und den Motiven zum BGB nachgebildet worden ist [12], daß der Zustand wiederherzustellen sei, der bestehen würde, wenn der Kaufvertrag nicht geschlossen worden wäre [13], ist auch bei der Wandlung nicht korrekt [14], da ein Vertrauensschaden nach dem Gesetz nur im Rahmen des § 467 S. 2 BGB erstattet wird [15], worauf im einzelnen bei der Erörterung der verschiedenen Rückgewährpflichten noch zurückzukommen ist. Soweit bereits geleistet ist, besteht die schuldrechtliche Verpflichtung beider Teile den Zustand herzustellen, der vorhanden war, ehe Leistungen auf Grund des Vertrages erfolgten [16]. Die Rechtslage nach "vollzogener" Wandlung entspricht demnach abgesehen von § 467 S. 2 BGB der nach erfolgtem Rücktritt.

Neben die Wiederherstellung des Zustandes vor der Leistung tritt wie § 467 S.2 BGB zeigt, eine Besserstellung des Käufers, die ihre Ursache in dem Unterschied zwischen dem vertraglichen Rücktritt und der Wandlung als Gewährleistungsanspruch hat. Während der vertragliche Rücktritt auf eine Vereinbarung in dem von den Parteien geschlossenen Vertrag zurückgeht, knüpft die Wandlung an einen Mangel der Kaufsache an, der ihr zur Zeit des Gefahrübergangs anhaftet (§ 459 BGB). Die Wandlung steht also deswegen dem Käufer zu, weil der Verkäufer vertragswidrig gehandelt hat dadurch, daß er eine mangelhafte Sache lieferte. Er hat daher die Wandlung veranlaßt [17], "zu vertreten" (arg. §§ 462, 460, 461 BGB), mag sie von ihm auch nicht verschuldet sein.

---

12) vgl. oben S. 47
13) z.B.Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.24;Dittmann S. 6; Krückmann ZHR 82,428; Eckstein ArchBR 43,193 (196); Emerich S.56; Bergerfurth/Menard Rdnr.389 S.181 f; RG v. 16.6.03 RGZ 55,105 (112 f)
14) richtig Planck-Knoke § 467 Anm. 2 b
15) vgl.Erman/Weitnauer § 467 Rdnr.9; Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 30 f; Schöller Gruch 46 (1902), 16 mit Fn. 17
16) so zutr. schon Düringer/Hachenburg/Hoeniger V, Einl. Anm. 215 S. 189 f
17) vgl. Stoll, Diss S. 55; Rabel II S.247; für das schweizerische Recht Bucher SJZ 1971,17 (24)

Dieses Veranlasserprinzip rechtfertigt es, daß bei der Wandlung beim Kauf in erster Linie der Käufer in die Lage gebracht werden soll, die vor der Leistung bestanden hat. Der Verkäufer hat lediglich insoweit Ansprüche auf Rückgewähr soweit diese mit den Rechten des Käufers vereinbar sind [18]. Aus diesem grundlegenden Prinzip der Wandlung ergibt sich, daß über die Rückgewährpflichten beim vertraglichen Rücktritt hinaus dem Verkäufer Verpflichtungen auferlegt werden können. Dieses Prinzip der Wandlung - der Wandlung kommt insoweit eine gewisse Poenalfunktion wegen der Leistung einer fehlerhaften Sache zu - ist im BGB durch die Aufnahme des § 467 S.2 anerkannt, mit dem die Verweisung hinsichtlich des Umfanges der Rückgewähr auf die Rücktrittsvorschriften ergänzt wird [19]. Eine abschliessende Aufzählung ist daher darin nicht zu sehen [20]. Während beim vertraglich vereinbarten Rücktritt beide Parteien mit der Möglichkeit des Rücktritts von vornherein rechnen müssen und demnach beide Teile gleichermassen die Nachteile zu tragen haben, ist die Wandlung ein Recht des Käufers wegen einer allein dem Verkäufer anzulastenden Fehlerhaftigkeit der Kaufsache. Nach dem Gesetz trägt der Verkäufer das Risiko der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache. Der Verkäufer hat dann auch die Folgen der Wandlung im wesentlichen allein zu tragen. Ein Ausgleich für diese strenge objektive Haftung liegt in der kurzen Verjährung (§ 477 BGB) der Gewährleistungsansprüche, so daß der Verkäufer von einer zu weit gehenden Haftung geschützt ist.

In den nicht von den §§ 346 f, 467 S. 2 BGB erfaßten Fällen ist Anspruchsgrundlage allein das Schuldverhältnis in seiner Form als Abwicklungsschuldverhältnis unter Berücksichtigung des Gedankens des Veranlasserprinzips.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Umwandlungslehre nur unter Berücksichtigung der Funktion der Wandlung als Gewährleistungsanspruch des Käufers auf die Wandlung sinnvoll übertragbar ist. Mit der Umkehr der Leistungspflichten allein ist es im Gegensatz zum ver-

---

18) insoweit zutr. Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.34
19) Ostler aaO; RG v. 16.6.03 RGZ 55, 105 (113)
20) a.A. Leonhard S. 40

traglichen Rücktritt nicht getan, vielmehr müssen im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses, in das sich das ursprüngliche Schuldverhältnis infolge der Wandlung umgestaltet hat, über die "Rückleistung" qua Umkehr der Leistungspflichten hinaus in Verfolg des Zieles der Wandlung, der Wiederherstellung des Zustandes vor der Leistung in erster Linie beim Käufer, dem Verkäufer weitere Pflichten auferlegt werden, wobei zu beachten ist, daß die Grenze zum Schadenersatz nicht überschritten wird. So gesehen erweist sich die Umwandlungslehre für die Wandlung nicht als ausreichend; sie ist für den Bereich der Wandlung dahin zu ergänzen, daß im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses nicht nur "aufgebaute" Leistungen "abgebaut", sondern der Verkäufer darüberhinaus den Zustand vor der Leistung wiederherstellt, wobei eine Abgrenzung zum Schadenersatz zu finden ist. Unter Beachtung dieser Grundsätze sind die Rückgewährpflichten im einzelnen zu untersuchen:

II. Die Rückgewährpflichten im einzelnen

Ausgangsbeispiel:
Der Käufer hat beim Verkäufer eine Speziessache gekauft. Später stellt sich heraus, daß sie erhebliche Mängel aufweist.

1. Die Rückgewährpflichten des Käufers

a) Die Verpflichtung zur Rückübereignung der Kaufsache

Der Käufer hat die vom Verkäufer erhaltene Sache zurückzugewähren (§ 467 S. 1 i.V.m. § 346 S. 1 BGB), und zwar mit allem Zubehör so wie er sie erhalten hat. Die Rückgewähr der Kaufsache stellt sich zumeist als Rückübereignung dar [21], da die Kaufsache bereits in das Eigentum des Käufers übergegangen war und die Wandlung wie der Rücktritt [22] keine dinglichen Wirkungen zeigt[23].

b) Die Verpflichtung zur Bereitstellung der Sache zwecks Ermöglichung der Rücknahme

Nach § 346 S. 1 BGB wird ein "Zurückgewähren" geschuldet. Das Wort bedeutet in seinem ursprünglichen Sinn, daß der Verkäufer nur in die Lage versetzt zu werden braucht, über die Sache nach seinem Willen zu ver-

---

21) RG v.2.11.23 RGZ 108,25 (28); Keßler S.108, 112
22) vgl. nur Esser I § 30 III 1 S. 186
23) vgl. nur Esser II § 64 III 1 b S. 43

fügen [24]. Der Käufer muß den Verkäufer "gewähren" lassen. Dem genügt der Käufer, wenn die Sache, wie es im kaufmännischen Verkehr in diesem Zusammenhang zutreffend heißt, dem Verkäufer "zur Verfügung" oder "zur Disposition gestellt wird" [25]. Er muß also dem Verkäufer die Möglichkeit verschaffen, sich der gerügten Kaufgegenstände zu bemächtigen. Er muss die Wegnahme der Ware gestatten, sie also in diesem Sinne herausgeben. Er braucht aber zur Wiederherstellung des Besitzes des Verkäufers an der Kaufsache nicht selbst tätig zu werden. Es handelt sich also nicht, wie häufig behauptet wird, um eine Rückgabe der Sache, sondern um eine Gestattung der Rücknahme.

Bleibt die Frage, was zu geschehen hat, wenn der Käufer die Kaufsache verwendet, z.B. eingebaut - der Tresor wird in die Wand eingefügt - oder umgestaltet hat durch Verarbeitung oder Umbildung (vgl. § 950 BGB) [26]. Wegen der Sondervorschrift des § 467 S. 1 2. Halbs. BGB (vgl. auch § 487 BGB) ist die Wandlung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung gezeigt hat.

Ist der Käufer in diesen Fällen dazu verpflichtet, die Sache so wie er sie erhalten hat, zur Verfügung zu stellen? Ist er also verpflichtet, seinerseits die Sache wieder auszubauen und ausgebaut dem Verkäufer zur Abholung zur Verfügung zu stellen? Ist eine Sache lediglich so wie sie ist ihrem Zweck entsprechend mit einem anderen Gegenstand verbunden worden, daß sie ohne weiteres wieder getrennt werden kann, so liegt es nahe, insofern eine Herausnahmepflicht des Käufers anzunehmen, damit er die Sache dem Verkäufer zur Verfügung stellen kann. An sich ist die Sache in dem Zustand zurückzugewähren, in dem der Käufer sie erhalten hat. Die Umwandlungslehre allein führt zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß der Käufer die von ihm oder auf seine Veran-

---

24) zutr. Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.44 a.E.; so schon RG v. 16.6.03 RGZ 55,105 (112)

25) oft wird mit dieser Formulierung in der Praxis der Rücktritt oder die Wandlung ausgesprochen, vgl. nur Esser II § 64 III S.41 und BGH v. 3.2.59 LM Nr. 5 zu § 377 HGB = BB 59,281: Angebot zur Rücknahme der Ware

26) z.B. Verarbeitung von Blechen zu Gehäusen für Hochfrequenzgeräte, BGH v. 3.3.56 BGHZ 20, 159 ff; OLG Stuttgart v. 23.12.12 Recht 1913 Nr.332 betr. aus gekauften fehlerhaften Samen gewonnene Pflanzen

lassung montierte Sache zu demontieren und dann zur Wegnahme zur Verfügung zu stellen hat. Hat der Verkäufer die Sache nur geliefert, aber nicht eingebaut, so ist er durch die Umkehr der Leistungspflichten nur verpflichtet, die gelieferte Sache zurückzunehmen, nicht aber ein Mehr zu tun, nämlich die Sache auszubauen oder abzutrennen. Geht man von dem Wortlaut des § 346 S. 1 BGB zur Beantwortung der Frage aus, wie, in welchem Zustand die vom Käufer verwendete Sache zur Verfügung des Käufers zu halten ist, so ergibt sich, daß der Käufer die Sache in ihrem ursprünglichen Zustand zurückzugewähren hat. Die Ingebrauchnahme durch Einbau usw. erfolgte durch ihn. Der Verkäufer hat damit nichts zu tun. Demnach muß der Käufer die Sache in dem Zustand zur Zeit der Lieferung zur Abholung bereithalten. Er muß sie daher z. B. durch Ausbau in ihren ursprünglichen Zustand zurückversetzen. Er muß also in dem erwähnten Beispiel den Tresor ausbauen [27].

Dieses Ergebnis mag für den Bereich des vertraglichen Rücktritts richtig sein. Schon der Vergleich zwischen § 352 und 467 S. 1 2. Halbs. BGB zeigt, daß dieses Ergebnis für die Wandlung nicht richtig ist. Denn wenn die Wandlung entgegen § 352 BGB nicht ausgeschlossen ist, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat, dann erhellt, daß der Gesetzgeber insoweit eine andere Wertung zugrundegelegt hat, die sich auch auf die Fälle des Einbaus usw. übertragen läßt. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß der Verkäufer weiß, daß die Sache einen bestimmten Verwendungszweck hat, die sich aus der Beschaffenheit des Gegenstandes ergibt: Ein Wandtresor wird eingebaut; ein Schiffsmotor wird in das Schiff eingefügt, eine Maschine in der Fabrikhalle aufgestellt und montiert. Zeigt sich der Mangel der Kaufsache erst nach der vertragsinhaerenten Verwendung des Kaufgegenstandes, die mit weiterer (kostenverursachender) Tätigkeit des Käufers verbunden war, so erscheint es als nicht gerechtfertigt, den Käufer zu verpflichten, die Kauf-

---

27) vgl.RG v.2.3.09 Warn 3 (1910)Nr. 3 S.1 (2) "Maschinenanlage" "...wenn er wandeln ... will ... (muß er) die nach seiner Meinung unbrauchbare Anlage aus dem Grundstück herausnehmen und sie dem Kl. zur Verfügung stellen"

sache bei Wandlung wieder in den Zustand zu versetzen, den sie bei der Übernahme vom Verkäufer hatte, also weitere Tätigkeit (und Kosten) aufzuwenden.

Zwar hilft die Umwandlungslehre unter dem Gesichtspunkt der Umkehr der Leistungspflichten nicht weiter. Gleichwohl vermag sie das Problem zu lösen: Das bestehen gebliebene ursprüngliche Schuldverhältnis erlaubt es, im Hinblick auf das Ziel der Wandlung, in erster Linie den Käufer in den Stand vor Erbringung der Leistung zu versetzen, über die Umkehr der Leistungspflichten hinaus den Verkäufer im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses für verpflichtet zu erachten, den Gegenstand auch nach seiner bestimmungsmässigen Verwendung in dem Zustand zu übernehmen, in dem er sich nach der Verwendung befindet. Der Käufer ist also nur gehalten, die Sache zum Ausbau oder zur Demontage zur Verfügung zu stellen.
Dieses Ergebnis wird durch die Überlegung gestützt, daß im Falle der Umgestaltung der Sache dem Käufer das Wandlungsrecht nach § 467 S. 1 2. Halbs. BGB in Einschränkung des § 352 BGB nicht verloren geht und er seiner Rückgewährpflicht genügt, indem er dem Verkäufer überläßt, "was in Folge der Spezifikation in sein Vermögen gekommen ist" [28]. Die Rückgewähr der Sache erfolgt also in umgewandelter Gestalt [29]. Dann muß für den Fall des blossen Einbaus dasselbe gelten: Zurverfügungstellung der Sache so wie sie ist. Der Verkäufer ist zur Herausnahme verpflichtet.
Die sich an dieser Stelle bereits aufdrängende Frage, ob der Käufer die Kosten der Ermöglichung der Rücknahme zu tragen hat oder ob er, falls er die Sache so, wie er sie erhalten hat, zur Abholung zur Verfügung stellt, vom Verkäufer die dafür aufgewendeten Kosten erstattet verlangen kann, wird unten gesondert geprüft werden [30].

---

28) Mot II S. 231 f
29) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 26; vgl. Oertmann § 467 Anm. 1 g 2. Abs. S. 623
30) vgl. unten S. 61 ff

c) Der Ort der Bereithaltung der Kaufsache durch den Käufer zur Wegnahme durch den Verkäufer
Verpflichtung des Käufers zur Zurückschaffung der Kaufsache an den Verkäufer ?

Damit ist die Frage angesprochen, wo der Käufer die Kaufsache für den Verkäufer zur Verfügung zu halten hat. Häufig befindet sich die Kaufsache nicht mehr an dem Ort der Übergabe. Hat der Käufer die Kaufsache seinerzeit bei dem Verkäufer abgeholt (Holschuld) und (oder /bei Übergabe an einem anderen Ort/) woandershin gebracht, ist fraglich, ob der Käufer infolge der Wandlung verpflichtet ist, die Kaufsache an den Sitz des Verkäufers oder an den Ort der Übergabe zurückzuschaffen, m.a.W. ihm die Übernahme am Übergabeort zu ermöglichen.

Geht man bei der Frage nach dem "Wo" der Rückgewähr von der Auslegung des Wortes "zurückgewähren" aus [31], ist es nur ein kleiner Schritt zu sagen, daß der Ort der Rückgewähr in diesem Sinne eben der Ort ist, an dem sich die Sache gerade befindet. Daraus folgt an sich ohne weiteres, daß der Verkäufer nicht mit Erfolg verlangen kann, daß die Ware an den Ort zurückgebracht oder -gesandt wird, an dem sie der Käufer erhalten hat [32].

Gleichwohl wird für den vertraglichen Rücktritt, für den § 346 S. 1 BGB in erster Linie gilt, vertreten, daß der Rückgewährpflichtige die von dem Rücktritt betroffene Leistung an dem Ort zurückzugewähren hat, an dem er sie empfangen hat [33]. Das impliziert eine Verpflichtung zur Bereitstellung zur Abholung am Ort des Empfanges der Sache. In der Tat besagt § 346 S. 1 BGB nicht, wo der aus Rücktritt Verpflichtete oder der Käufer die geleistete Sache zurückzugewähren hat.

Beim vertraglichen Rücktritt wissen beide Parteien, daß der Vertrag rückgängig gemacht werden kann. In diesem Fall handelt der Leistungsempfänger auf sein Risiko, wenn er die Sache an einen anderen als den ursprünglichen Übergabeort verbringt. Es ist daher angezeigt, ihn mit der Verpflichtung zu belasten,

---

31) vgl. oben S. 52 f
32) zutr. Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 24,44; RG v. 5.2.04 RGZ 57,12 (15); so schon RG 16.12.90 RGZ 27, 393 (399)
33) BGB-RGRK-Wilde § 346 Rdnr. 11; Stoll, Diss. S. 60

die Leistung an den Ort der Übergabe zurückzubringen und dem Berechtigten dort zur Übernahme zur Verfügung zu stellen.
Mangels einer besonderen Bestimmung ist für den Erfüllungsort für die Rückgewähr der erhaltenen Leistung § 269 BGB maßgebend. Aus dem Umstand, daß beide Parteien mit dem vertraglich vereinbarten Rücktritt rechnen müssen, ist es gerechtfertigt, als Erfüllungsort für die Rückgewähr beim vertraglichen Rücktritt den Ort der Übergabe der Sache anzusehen, falls sich aus dem (bestehengebliebenen) Vertrag nichts anderes ergibt [34].
Entscheidend ist also für die Frage des Ortes der Rückgewähr und der damit verbundenen Frage der etwaigen Rückschaffung nicht nur § 346 S.1 BGB, sondern auch das der Anwendung des § 346 S.1 BGB zugrunde liegende Prinzip des jeweiligen Rechtsinstituts.

Ergibt sich für den vertraglichen Rücktritt eine Rückschaffungspflicht, so ist damit wegen der unterschiedlichen Zielsetzung des vertraglichen Rücktritts und der Wandlung ein Indiz für ein gleichlautendes Ergebnis für den Bereich der Wandlung nicht gegeben.

Das der Wandlung zugrundeliegende Veranlasserprinzip läßt die "entsprechende" Anwendung (§ 467 S.1 BGB) der Rücktrittsvorschrift des § 346 S.1 BGB in ihrem ursprünglichen Sinn auf die Wandlung als angezeigt erscheinen. Der Verkäufer hat die Wandlung "zu vertreten" und ist daher gehalten, seinerseits tätig zu werden, um die Kaufsache zurückzubekommen. Der Käufer dagegen braucht nur das unbedingt Notwendige zu tun, damit der Verkäufer sich der von ihm gelieferten Sache wieder bemächtigen kann. Eine Verpflichtung zur Rückschaffung der Kaufsache durch den Käufer ist damit mit der Zielsetzung der Wandlung nicht vereinbar [35]. Anders ausgedrückt, der Käufer wird durch die Wandlung nicht verpflichtet, die Kaufsache an den Ort zurückzuschaffen, an dem der Verkäufer sie ihm übergeben hat [36]. Die Rückgewähr hat vielmehr dort zu

---

34) vgl. die Beispiele bei Stoll, Diss. S. 60 f
35) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 44; Düringer/Hachenburg/Hoeniger V, 1 Einl. Anm. 214 S.190 f
36) Rabel II S. 274 Fn. 32

erfolgen, wo sich die Sache dem Vertrag gemäß befindet [37]. An diesem Ort hat sich der Verkäufer in den Besitz der Kaufsache zu setzen [38]. Das gilt auch für den Versendungskauf [39].

Das Vorstehende wird, wenn überhaupt, im Zusammenhang mit der Frage nach dem Erfüllungsort der Rückerstattung erörtert. Ob der Ort, an dem sich die zurückzugewährende Sache befindet, als einheitlicher Erfüllungsort, als sogenannter Austauschort für sämtliche Zug um Zug Leistungen (§ 348 i.V.m. § 467 S. 1 BGB) aus Wandlung anzusehen ist, kann hier dahinstehen [40]. Jedenfalls ist die Kaufsache an dem Ort, an dem sie sich vertragsgemäß befindet, dem Verkäufer zur Wegnahme zur Verfügung zu stellen.

---

37) Soergel/Schmidt § 346 Rdnr.3; Staudinger/Ostler aaO; Palandt/Putzo § 467 Anm. 1 d; BGB-RGRK[12] - Mezger § 467 Rdnr. 12; Werner Recht 1902, 339; Vertragsgemäß ist der Lagerort der Sache dann nicht, wenn die Sache vom Käufer mutwillig verschleppt wurde (OLG Celle 8.10.98 SA 54 Nr. 80 S. 138 f; Stein/Jonas/Schumann/Leipold § 29 IV 3; Wempe S. 44 f; Jeske S. 24). Der Ortswechsel soll nicht willkürlich außerhalb des Zusammenhanges des Vertrages erfolgt sein. Zeigt sich der Mangel erst bei dem Kunden des Käufers oder an einem anderen Ort als demjenigen, an dem der Käufer seine Leistungspflicht zu erfüllen hatte, so hat die Rückgewähr dort zu erfolgen (Düringer/Hachenburg/Hoeniger aaO). Die Sache befindet sich dort in diesem Sinne "vertragsgemäß". Üblicherweise werden Handelswaren weiterveräußert; diese Weiterveräußerung und der damit verbundene Ortswechsel der Waren stellt sich als regelmäßige Folge des ursprünglichen Kaufvertrages dar. Dasgleiche gilt, wenn der Kaufgegenstand zum Wiederverkauf geeignet oder dafür vorgesehen ist und für das sogen. Streckengeschäft; vgl. RG v. 7.3.18 Warn 11 (1918) Nr. 81 S. 118 (123) für den Fall, daß der Verkäufer ohne den Vollzug der Wandlung abzuwarten, die Ware zurücknimmt.

38) so zutreffend OLG Kiel v. 3.7.24 SchlHAnz 1924,194 betr. Wandlung eines Kaufes über ein "Buffetunterteil"

39) Düringer/Hachenburg/Hoeniger V, 1 Einl. Anm. 214 S. 191; vgl. BGH v. 18./19.9.74 WPM 1974,1073: in einem obiter dictum wird gesagt, daß der Ort, an dem sich die Sache vertragsgemäß befindet, der Ort ist, an den der Verkäufer die Kaufsache vertragsgemäß zum Versand gebracht hat.

40) dazu Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 44; Bötticher SJZ 1948 Sp. 739; OLG Celle v. 20.6.47 SJZ 1948 Sp. 764

Richtungsweisend für dieses Ergebnis ist eine Entscheidung des RG v. 16.6.1903 [41] gewesen. Das RG verweist zur Begründung darauf, daß der Verkäufer die Wandlung veranlaßt habe [42], hinzukomme der "Umstand", daß häufig auch der Verkäufer ein Interesse daran habe, die Ware dort zu übernehmen, wo sie sich "zur Zeit der Wandlung infolge des Vertrages befindet", etwa weil er sie dortselbst anderweitig veräußern könne [43].

Der BGH [44] führt für einen Fall des gesetzlichen Rücktritts (§ 326), ersichtlich aber auch für die Wandlung aus, daß der Rücktritt wegen der Falschlieferung auf ein Fehlverhalten der Lieferfirma zurückzuführen sei, und bezeichnet unter Hinweis auf § 242 BGB wegen der besonderen Umstände des Falles, der Lieferfirma war bekannt, daß die Kaufsachen ins Ausland gehen sollten und in Deutschland nicht darauf überprüft werden konnten, ob sie der Bestellung entsprachen, den ausländischen Standort der Ware als Ort der Rückgewähr, weil das Rücktrittsrecht andernfalls wegen der erheblichen Rücktransportkosten, die einen großen Teil des zurückzuzahlenden Kaufpreises ausmachten, weitgehend entwertet würde.

Zwar vermeidet es der BGH bewußt, zur Frage Stellung zu nehmen, "welcher Meinung über das Wesen des Rücktritts" zu folgen sei [45]. Das von ihm gefundene Ergebnis läßt sich jedoch, ohne § 242 BGB zu bemühen ohne weiteres mit der Umwandlungslehre unter Berücksichtigung des Zieles des gesetzlichen Rücktritts lösen: Mit der Rücktrittserklärung wird das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein Abwicklungsschuldverhältnis umgestaltet. Im Rahmen dieses Rückabwicklungsschuldver-

---

41) RGZ 55, 105 (112 ff); ebenso RG v. 5.2.04 RGZ 57, 12 (15)

42) aaO S. 113, das RG spricht allerdings ungenau von Verschulden

43) aaO S. 113 f

44) v. 18./19.9.74 WPM 1974, 1073 "Möbelfall"
Die Käuferin versendet vereinbarungsgemäß an den Güterbahnhof Hagen von einem Möbelhaus gelieferte Möbel, die für die Wohnung ihres Ehemannes in Corigliano (Italien) bestimmt waren, von Hagen nach Corigliano, wo sich, was vorher zu prüfen nicht möglich war, herausstellte, daß die Möbel nicht der Bestellung entsprachen. Die Käuferin trat von dem Vertrag zurück und verlangte den Kaufpreis zurück. Der BGH bestätigte das Urteil des OLG Hamm: Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgewähr der Möbel in Corigliano.

45) aaO r.Sp.

hältnisses ist der Verkäufer gehalten, die Kaufsache zurückzunehmen. Da der Verkäufer den gesetzlichen Rücktritt wegen der Falschlieferung veranlaßt hat, erweitert sich die Rücknahmepflicht auf den Ort, an dem sich die Ware infolge des Vertrages befindet.

Exkurs: Der Bereitstellungsort beim Abzahlungskauf

Für den Rücktritt vom Abzahlungskauf ist allerdings vertreten worden, daß zur vollständigen Rückgewähr die Zurverfügungstellung der Kaufsache an dem Ort der Leistung gehört [46]. Gemeint ist der Ort, an dem der Abzahlungskäufer die Kaufsache übernommen hat. Das bedeutet, daß der Abzahlungskäufer verpflichtet ist, die Sache zum Übernahmeort zurückzuschaffen.
Entscheidend ist, daß der Abzahlungsverkäufer den Rücktritt in der Regel wegen Nichtzahlung des Kaufpreises erklärt hat. Nach dem Rücktritt des Abzahlungsverkäufers ist der Käufer verpflichtet, die empfangene Leistung zurückzugewähren. Der Ort der Rückgewähr der Ware ist im Hinblick auf das Rückabwicklungsschuldverhältnis, in das nach vordringender Meinung auch nach Rücktritt vom Abzahlungskauf der ursprüngliche Vertrag umgestaltet wurde [47], und dem als "Umstände" i.S.d. § 269 BGB zu berücksichtigenden Zweck des Rücktritts zu ermitteln.
Zweck des Abzahlungsgesetzes ganz allgemein ist es, den wirtschaftlich schwächeren und zumeist im geschäftlichen Verkehr wenig erfahrenen Abzahlungskäufer zu schützen. Zu berücksichtigen ist aber, daß der Abzahlungskäufer den Rücktritt veranlaßt hat: Der Rücktritt ist für den Fall vereinbart oder (§ 1 Abs. 2 AbzG) gesetzlich gegeben (§ 326 BGB), daß der Abzahlungskäufer seinen Vertragspflichten nicht nachkommt, in der Regel also Verzug mit der Hauptleistung, Zahlung des Kaufpreises. Das spricht dafür, den Abzahlungskäufer zu verpflichten, die Kaufsache am Ort der Übernahme zurückzustellen. Es kann dem Abzahlungsverkäufer nicht zugemutet werden, die Sache an einem anderen als dem Übergabeort wieder zu übernehmen.
So führt das OLG Karlsruhe [48] für den Fall eines Kraftfahrzeugkaufs auf Raten sinngemäß aus, daß es dem Prinzip des Rücktritts beim Abzahlungskauf widerspreche, wenn der Verkäufer gehalten sei, sich am Wohnort des Schuldners, der etwa nach Abschluß des Kaufvertrages an einen weit entfernten Ort verzogen ist, oder aber an einer sonstigen Stelle, an der der Wagen etwa defekt liegengeblieben ist, wieder in den Besitz des Fahrzeuges zu setzen hätte.
Daraus ergibt sich, daß die Umwandlungslehre mit dem Bestehenbleiben des ursprünglichen Vertrages in Form des Rückabwicklungsschuldverhältnisses bei Rückbesinnung auf den Sinn und Zweck des jeweiligen Rechtsinstituts zu interessengerechten Lösungen kommt.

---

46) OLG Karlsruhe v. 11.3.70 MDR 1970,587 Nr.47; A.A. Ostler/Weidner § 3 Anm. 12 S. 262 f
47) vgl. nur Palandt/Putzo § 1 AbzG Anm.6; Ostler/Weidner § 1 Anm. 65, 162; Hörter S. 239 ff
48) wie Fn. 46

Bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß eine Verpflichtung des Käufers zur Rückschaffung der Kaufsache zum Verkäufer im Falle der Wandlung des Kaufvertrages nicht besteht. Der Käufer genügt seiner Rückgewährpflicht, wenn er die Kaufsache an dem Ort, an dem sie sich infolge des Vertrages befindet, zur Wegnahme zur Verfügung stellt.

d) Die Kosten der Rückgewähr (Wandlungskosten, Aufwendungen zum Zwecke der Rückgabe) - Erstattungsanspruch -

Bei der Rückgewähr können Kosten entstehen, wie z.B.

Kosten der Bereitstellung der Kaufsache zur Abholung durch den Verkäufer, wie z.B. die Kosten des Transports auf dem Gelände des Käufers an einen Punkt, von dem aus die Ware zur Verfügung gestellt werden kann, Lagerkosten vom Zeitpunkt der Wandlung bis zur Abholung der fehlerhaften Ware,

Kosten der Rückübereignung [49],

Ausbaukosten, die erforderlich wurden, um den Verkäufer in die Lage zu versetzen, die Sache im ursprünglichen Zustand zu übernehmen,

Transportkosten, nämlich die Kosten der Rücksendung der Ware an den Verkäufer.

Ausgangsfälle:
Der Käufer kaufte einen Wandtresor. Um den Tresor bestimmungsgemäß verwenden zu können, baute der Käufer ihn selbst in die Wand seines Hauses ein oder ließ den Einbau durch Dritte vornehmen. Später stellt sich heraus, daß der Tresor mangelhaft ist. Der Käufer entfernt den Tresor aus der Wand oder läßt ihn durch einen Handwerker entfernen und verlangt vom Verkäufer die dabei entstandenen Kosten.

Der Käufer eines Motors setzt diesen in sein Boot ein. Als sich herausstellt, daß der Motor Mängel hat, wandelt er und läßt den Motor aus dem Boot entfernen und stellt den Motor dem Verkäufer zur Verfügung. Er verlangt die Auslagen, die für die Ermöglichung der unmittelbaren Rückgewähr erforderlich waren, vom Verkäufer zurück [50].

Die Situation bei den Ausbau- und Rücktransportkosten ist gegenüber den Bereitstellungskosten insofern anders als der Käufer zu den den erstgenannten zugrundeliegenden Tätigkeiten durch die Wandlung nicht verpflichtet ist. Sie können daher als Rückgewährkosten im weiteren Sinne bezeichnet werden. Der zwischen beiden bestehende

---

49) z.B. Notargebühren für die Beurkundung der nach Wandlung erforderlichen Rückübertragung des Grundstücks

50) nach KG v. 15.3.13 OLG 28, 138 ff

Unterschied ist bei der Frage der Kostentragung zu berücksichtigen.

aa) Bereitstellungskosten - Erstattungsanspruch -

Ist der Käufer so zu stellen, wie er vor der Leistung gestanden hat, so hat der Verkäufer die Kosten für die Bereitstellung zu tragen.

Der etwaige Anspruch des Käufers auf Erstattung dieser Kosten soll wegen des Zusammenhangs sogleich erörtert werden:

§§ 467 S. 1, 347 S. 2, 994, 683, 670 BGB scheiden als Anspruchsgrundlage deswegen aus, weil Verwendungen nur solche Ausgaben sind, die der Besitzer zur Erhaltung der Sache macht, und die Bereitstellungskosten in Erfüllung der Verpflichtung zur Rückgewähr entstanden sind, also keine Verwendungen sind [51]. Anspruchsgrundlage für die Erstattung dieser Kosten ist unmittelbar das Rückabwicklungsschuldverhältnis. Stoll [52] drückt das so aus, daß die Frage der Erstattung der Rückgewährkosten - verstanden als Kosten einer Tätigkeit, zu der der Käufer infolge der Wandlung verpflichtet war - von dem Bestehen gebliebenen Schuldverhältnis, dem Kaufvertrag im Stadium der Rückabwicklung abhängig ist und verweist im übrigen auf das Veranlasserprinzip.

In der Rechtsprechung findet sich zu den Bereitstellungskosten ausdrücklich nichts. Das RG [53] sagt in einem Urteil, daß Lagergeld und Unterbringungskosten aus dem Gesichtspunkt der Verwendung gefordert werden könnten, wobei aber nicht deutlich wird, ob es sich um Lagergeld handelt, das nach Wandlungsvollzug aufgebracht werden mußte, um die Kaufsache zur Abholung bereitzuhalten. Es ist anzunehmen, daß es sich um Lagergeld vor der Wandlungsvollziehung handelte, weil zugleich Untersuchungs- und Unterbringungskosten verlangt und zuge-

---

51) Selbst wenn man die Kosten der Bereitstellung als notwendige Verwendungen ansehen wollte, so fehlen die Voraussetzungen des § 683 BGB: Da der Käufer verpflichtet ist, die Kaufsache dem Verkäufer zur Abholung zur Verfügung zu halten, kommt er mit der Bereitstellung der Sache einer eigenen Verpflichtung nach, handelt also nicht im Interesse des Verkäufers, sondern im ureigenen Interesse.

52) Diss. S. 55

53) RG v. 13.11.08 Recht 1909 Nr. 36

sprochen wurden. Die Unterbringungskosten mögen freilich auch nach Wandlungsvollzug entstanden sein [54]. Auch das OLG Düsseldorf [55] gewährt "Lagergeld und Montagekosten" als Nebenforderungen aus der Wandlung unter dem Gesichtspunkt des Verwendungsersatzes.

bb) Rückübereignungskosten - Erstattungsanspruch -

Für die Rückübereignungskosten gilt das unter aa) Gesagte entsprechend.

cc) Rückgewährkosten im weiteren Sinne - Erstattungsanspruch -

Was die Kosten, die dadurch entstehen, um die Kaufsache in ihrem ursprünglichen Zustand rücknahmefähig zu machen, und die Kosten des Rücktransportes der Kaufsache an den Übergabeort anbelangt, wurde unter b) dargelegt, daß der Käufer nicht verpflichtet ist, die Kaufsache in dem Zustand zur Verfügung zu stellen, in dem er sie übernommen hat [56] und unter c) festgehalten, daß der Käufer nicht verbunden ist, die Sache zum Verkäufer zurückzuschaffen [57]. Treffen ihn schon diese Pflichten nicht, so kann er - so möchte man meinen - erst recht nicht gehalten sein, die dafür erforderlichen Kosten zu tragen. Dieses Erst-Recht-Argument reicht freilich zur Begründung nicht aus, da sehr wohl eine unterschiedliche Regelung hinsichtlich der Entfaltung der Tätigkeiten und dafür erforderlichen Kosten denkbar ist.

---

54) In diesem Bereich wirkt sich der Unterschied zwischen Herstellungs- und Vertragstheorie aus: Folgt man der Vertragstheorie in Form der Gestaltungstheorie, so fallen u.U. auf Jahre Lagerkosten an bis gerichtlich geklärt ist, ob die Wandlung berechtigt war, also "vollzogen" wird. Nimmt der Verkäufer dieses Risiko auf sich, so hat er die Lagerkosten unter diesem Aspekt zu zahlen. Hält man die Herstellungstheorie für richtig, so sind diese Kosten als Verzugsschaden anzusehen: In dem Moment, in dem berechtigtermaßen die Wandlung erklärt und die Rücknahme der Ware verlangt wird, kommt der Verkäufer in Verzug, wenn er seiner Rücknahmepflicht nicht sofort nachkommt und muß ab diesem Zeitpunkt die Lagerkosten unter dem Gesichtspunkt des Verzuges (§ 304 BGB) tragen; vgl. dazu Koller B 1974, 2458 (2459 Fn. 75)

55) v. 9.12.32 DRiZ 1933 Beilage Nr. 33

56) vgl. oben S. 52 ff

57) vgl. oben S. 56 ff

In der Literatur findet sich dazu folgendes:
Nach Adler [58] treffen die Kosten des Rücktransports "selbstverständlich" den Verkäufer. Die Kosten der Rücksendung an den Käufer brauche der Käufer deswegen nicht zu tragen, weil der Erfüllungsortfür die Rückgewähr der Kaufsache der Ort sei, an dem sich die Ware vertragsgemäß befinde [59]. Dagegen ist nach Adler [60] die Frage der Wandlungskosten "von der Frage des Erfüllungsorts unabhängig". Das freilich ist insofern zu unterstreichen, als unter Wandlungskosten auch Ausbaukosten usw. fallen, die mit dem Erfüllungsort und dem Rücktransport nichts zu tun haben. Der Erfüllungsort kann durchaus der Ort sein, an dem sich die Sache vertragsgemäss befindet, ohne daß damit mitentschieden ist, daß der Verkäufer die Transportkosten trägt. Immerhin ist die Antwort auf die Frage, wo die Leistung zurückzugewähren ist, ein Indiz für die Lösung der Frage, wer die Kosten dafür zu tragen hat, daß die Sache am ursprünglichen Übergabeort zurückgewährt werden kann: Ist die Kaufsache an dem Ort zurückzugewähren, an dem sie sich vertragsgemäß befindet, so folgt daraus, daß der Käufer nicht verpflichtet sein kann, die Transportkosten zu tragen [61], ist er schon nicht verpflichtet, die Sache dem Verkäufer zuzusenden [62]. Dieses zugegebenermassen nicht zwingende Ergebnis erweist sich unter folgender Erwägung als richtig:
Dem Zweck der Wandlung, in erster Linie den Käufer so zu stellen, wie er vor der Leistung gestanden hat [63], es handelt sich in erster Linie um eine Verpflichtung des Verkäufers [64], entspricht es den Rücktransport und die Rücktransportkosten dem Verkäufer aufzuerlegen. Mit der Umwandlungslehre formuliert: Die Fortdauer der vertraglichen Grundlage erlaubt es, den Kaufvertrag in seiner durch die Wandlung geänderten Form für die Ermittlung der Pflichten aus Wandlung heranzuziehen. Im Hinblick auf die genannte Zielsetzung der Wandlung

---

58) Adler ZHR 75 (1914) S. 504 XIII
59) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.44;vgl.dazu oben S.58 ff
60) wie Fn. 58
61) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 44
62) vgl. oben S. 56 ff
63) vgl. OLG Karlsruhe v. 11.3.70 MDR 1970,587 (588); Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.34 allerdings in einem anderen Zusammenhang
64) so zutreffend Adler ZHR 75, 504 XIII

ist der Käufer im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses weder zum Rücktransport noch zur Tragung der dafür erforderlichen Kosten verpflichtet. Das gilt entsprechend auch für die Ausbau- und Demontagekosten. Wegen des inneren Zusammenhangs soll sogleich die Frage angeschnitten werden, ob der Käufer, hat er entgegen seiner Verpflichtung für den Rücktransport oder den Ausbau der Sache gesorgt und dafür Kosten aufgewandt, diese Kosten von dem Verkäufer erstattet verlangen kann.

Zur Frage der Erstattung derartiger Rückgewährkosten im weiteren Sinne finden sich, soweit ersichtlich, lediglich ältere Entscheidungen:

Das OLG Karlsruhe behandelt in einem Urteil vom 20.12.1902 [65] die "Wandlung bei Objekten, welche der Käufer in sein Haus eingebaut hat" und die "Kosten der Herausnahme". Leider gibt die Fundstelle keinen näheren Aufschluß über den Sachverhalt. Aus dem Auszug aus den Urteilsgründen geht lediglich hervor, daß es sich um einen Werk- oder Werklieferungsvertrag handelte. Der Besteller hatte die hergestellte "Anlage" eingebaut und baute sie wieder aus, als er wegen Mängel der Sache den Vertrag wandelte. Im Prozeß verlangte er dann die Herausnahmekosten. Das Gericht sprach ihm diese Kosten unter dem Gesichtspunkt einer notwendigen Verwendung zu (§§ 634 Abs. 4, 467 S.1, 347 S. 2 i.V.m. §§ 994, 683, 670 BGB). Die vom Käufer zur Herausnahme der eingebauten Anlage aufgewendeten Kosten seien Auslagen, die "als auf die Sache (scil. Kaufsache, Werkstück) gemachte Aufwendungen zu betrachten "seien", weil ohne diese Trennung die Rückgabe unmöglich gewesen wäre". Diese Auslagen seien auch "von dem Gesichtspunkt aus ersatzmäßig", weil der Besteller "im Interesse des Beklagten (i.e. Verkäufer, Unternehmer) dessen Geschäfte nach § 683 besorgt habe" und "daher nach § 670 den Ersatz der erforderlichen Auslagen verlangen" könne.

Diese Begründung ist unzutreffend.

Notwendige Verwendungen sind Aufwendungen, die objektiv erforderlich sind, um die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand einschließlich ihrer Nutzungsfähigkeit zu erhalten. Hätte sie der Besitzer nicht gemacht, so hätte sie der Eigentümer tätigen müssen, wenn er die Sache erhalten wollte [66]. Abgesehen davon, daß der Ausbau zur Ermöglichung der Rückstellung keine Verpflichtung des Käufers darstellt, sind Ausgaben, die zur Ermöglichung der Rückgewähr der Sache an den Verkäufer erforderlich waren, Kosten eben der

---

65) Bad. Rechtspraxis 1904 S. 246 Nr. 120 a
66) Westermann § 33 II 1 a S. 160

Rückgewähr, nicht aber notwendige Verwendungen auf die Kaufsache selbst.

Zu dem Ergebnis, daß Ausbaukosten keine Verwendungen sind, kommt auch das KG in der bereits genannten Entscheidung [67], wenn auch mit einer anderen Begründung:

Der Käufer verlangte die Kosten der Herausnahme des Motors. In den Gründen des Urteils heißt es dann, daß Auslagen, die zum Zwecke der Entfernung des Motors aus dem Boote und zum Zwecke des Wiedereinbaus des alten Motors nicht zu erstatten seien. Offenbar hatte der Käufer entgegen dem am Anfang des Urteils mitgeteilten Sachverhalt, nach dem die Herausnahmekosten verlangt und zugesprochen wurden, außer den Ausbaukosten zusätzlich die Wiedereinbaukosten für den alten Motor verlangt. Das Gericht führt zu beiden Positionen aus, daß diese Kosten zwar nötig gewesen seien, um das Boot wieder in einen brauchbaren Zustand zu versetzen, aber nicht als notwendige Verwendungen auf den mangelhaften Motor selbst angesehen werden könnten. Vielmehr seien diese Auslagen nur unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes ersetzbar.

Die Begründung des KG ist lediglich hinsichtlich der Wiedereinbaukosten zutreffend. Diese sind in der Tat nur im Wege des Schadenersatzes (negatives Interesse) ersetzbar. Die Ausbaukosten sind zutreffendermaßen keine Aufwendungen auf den Motor selbst, die seiner Erhaltung dienen, sondern sind als sogen. Kosten der Rückgewähr (im weiteren Sinne) gesondert zu behandeln.

Auch die Rechtsprechung zu den Rücktransportkosten ist, soweit ersichtlich spärlich.

Das OLG Köln [68] hatte sich mit den Rücktransportkosten für ein Pferd von Köln nach Hamburg zu befassen. Der Käufer hatte das Pferd von dem Verkäufer in Hamburg übernommen und nach Köln, seinem Wohnsitz, verbracht, den Kaufvertrag wegen eines Hauptmangels des Pferdes gewandelt. Aus dem mitgeteilten Auszug des Urteils geht nicht hervor, ob das Pferd von dem Käufer bereits auf seine Kosten nach Hamburg zurückgebracht worden war. Davon muß aber ausgegangen werden, weil der Käufer den Betrag für die Rückfrachtkosten von dem vom Verkäufer aus dem Verkauf eines anderen Pferdes verlangten Kaufpreis absetzen will.
Das Gericht spricht dem Käufer die Rückfrachtkosten zu mit der dürftigen Begründung, daß Erfüllungsort für die Rückgewährpflicht bezgl. des Pferdes der Wohnsitz des Käufers sei [69].

Die Entscheidungen des OLG Karlsruhe und des OLG

---

67) v.15.3.13 OLG 28, 138 betr. Wandlung eines Kaufvertrages über einen Motor, den der Käufer in sein Boot einbaute

68) v. 13.12.01 OLG 4,39 f

69) ähnlich: Zivilrecht DDR, SR BT S. 36; also nicht über § 467 S. 2 BGB analog, wie Heide Schaumburg S.12 FN.5 = MDR 1975, 106 Fn. 23 irrig annimmt

Köln sind im Ergebnis richtig, während das Urteil des KG hinsichtlich der Herausnahmekosten unzutreffend ist. In den Kommentaren wird das letztgenannte Urteil zwar häufig erwähnt, aber nicht weiter besprochen [70]. Lediglich Ballerstedt [71] äußert Zweifel an seiner Richtigkeit.

Nach Stoll [72] hängt die Frage der Erstattung der Rückgewährkosten, Herausnahmekosten, von dem bestehenden Schuldverhältnis ab. Nach ihm verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn der Käufer die Kosten der Rückgewähr tragen soll. Aus dem bestehenden Schuldverhältnis ergebe sich, daß der Verkäufer wegen der schlechten Lieferung Veranlassung zur Wandlung und damit zur Rückgewähr gegeben habe und daher auch die Kosten der Rückgewähr tragen müsse.

Vom Standpunkt der Umwandlungslehre ist dieses Ergebnis für die Bereitstellungskosten als Kosten der Rückgewähr im engeren Sinne zutreffend. Es gilt aber nicht für die Rückgewährkosten im weiteren Sinne, Ausbau- und Rücktransportkosten, entsprechend der oben gewonnenen Differenzierung. Offenbar geht Stoll davon aus, daß der Verkäufer verpflichtet ist, selbst Tätigkeiten, die zur Ermöglichung der Bereitstellung der Sache in ihrem ursprünglichen Zustande führen, zu entfalten. Das ist aber, wie oben gezeigt, unzutreffend.

Anspruchsgrundlage für die Erstattung der Rückgewährkosten i.w.S. ist nicht das Abwicklungsverhältnis, sondern sind §§ 683, 670 BGB. Da der Käufer nicht verpflichtet ist, die Kaufsache auszubauen und zurückzusenden, vielmehr der Verkäufer die Herausnahme und die Rückfracht zu übernehmen hat, führt der Käufer, wenn er, ohne dazu verpflichtet oder sonst beauftragt zu sein, den Ausbau und den Rücktransport veranlaßt und die Kosten dafür erbringt, ein Geschäft des Verkäufers, also ein fremdes Geschäft i.S.d. § 677 BGB. Nun mag es allerdings sein, daß der Käufer wie in dem Schiffsmotorfall [73] den Ausbau der mangelhaften Sache deswegen vornimmt, um durch Wiedereinbau der alten noch brauchbaren Sache oder durch Einbau einer neuen Sache, die

---

70) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.34; Palandt/Putzo § 467 Anm. 3 b
71) Soergel § 467 Rdnr. 2
72) Diss. S. 55
73) KG v. 15.3.13 OLG 28, 138; vgl. dazu oben S.61,66

Brauchbarkeit der Hauptsache (Motorboot) wiederherzustellen und um damit zu verhindern, daß bis zur Rücknahme durch den Verkäufer Zeit verloren wird. Handelt der Käufer aus diesem Motiv, so hat er ein eigenes Interesse an dem Ausbau. Das hindert aber nicht, die Führung eines fremden Geschäfts anzunehmen, denn es reicht aus, daß der Geschäftsführer zumindest auch im Interesse des andern handeln will [74]. Ist der Verkäufer zur Herausnahme verpflichtet, so ist davon auszugehen, daß der Käufer insoweit zumindest auch ein Geschäft des Verkäufers führen will.

Im umgekehrten Falle, nämlich beim Abzahlungskauf,bei dem der Abzahlungskäufer im Falle des Rücktritts durch den Abzahlungsverkäufer zu sorgen hat, gibt die Rechtsprechung [75] und ein Teil der Literatur [76] dem Abzahlungsverkäufer, der die Kaufsache selbst auf eigene Kosten zurückholt, mit Recht einen Anspruch auf Ersatz der Transportkosten unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Damit paßt das für die Rückgewährkosten i.w.S. gefundene Ergebnis zusammen.

Die §§ 683, 670 BGB sorgen dafür, daß der Verkäufer für Transporte über aussergewöhnlich große Entfernungen mit entsprechend hohen Transportkosten, nicht aufzukommen hat [77].

e) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen

Nach § 347 S. 2 i.V.m. § 467 S. 1 BGB hat der Käufer die gezogenen Nutzungen herauszugeben, und zwar dem Wortlaut des § 347 S. 1 BGB nach, auf den S. 2 verweist, von dem Zeitpunkt des Empfanges der Leistungen an unter Anwendung des § 987 BGB. Zu den Nutzungen einer Sache gehören die Vorteile, die ihr Gebrauch gewährt (§ 100 BGB).

aa) Der für die Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen maßgebende Zeitpunkt

Folgt man dem Wortlaut des § 347 BGB, so sind Nutzungen

---

74) dazu ausführlich Gursky JurA 1970 ZR 35 (36 m.w.N.)

75) OLG Karlsruhe v. 11.3.70 MDR 1970,587 (588); vgl. BGH v. 31.5.71 WPM 72,971; ähnlich aber in Anwendung des § 2 AbzG OLG Jena v. 7.12.12 SA 68 Nr. 54 S. 94

76) Lechner § 2 Anm. 5; Palandt/Putzo § 2 AbzG Anm. 3 c dd a.E.; a.A. Ostler/Weidner § 2 Anm. 48

77) insoweit in der Folge zutreffend Adler ZHR 75 (1914) S. 504 f XIII

herauszugeben vom Zeitpunkt des Erhaltes der Kaufsache ab. Dagegen bestehen insofern Bedenken als beim vertraglichen Rücktritt, für den § 347 BGB geschaffen wurde, die Parteien wissen, daß der Vertrag möglicherweise rückgängig gemacht wird, während beim gesetzlichen Rücktritt und der Wandlung der Leistungsempfänger zumindest bis zur Kenntnis von dem Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktritts und der Wandlung davon ausgehen kann, daß er mit der Sache nach Belieben verfahren kann, also auch unbeschränkt Nutzungen ziehen oder dies auch unterlassen darf trotz § 987 Abs. 2 BGB. Demzufolge besteht Streit darüber, ab welchem Zeitpunkt die Nutzungen herauszugeben sind.

Die Mindermeinung hält auch bei der Wandlung für die Frage der Herausgabe der Nutzungen oder der Vergütung der Gebrauchsvorteile in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Gesetzes den Zeitpunkt des Erhalts der Leistung für maßgebend [78]. Zum Teil wird der Zeitpunkt der Wandlungserklärung für entscheidend gehalten [79]. Die überwiegende Ansicht [80] tritt für eine differenzierende Lösung ein, und zwar in der Form, daß bis zu dem Zeitpunkt der Kenntnis der Voraussetzungen der Wandlung der Käufer Nutzungen herauszugeben hat, soweit er noch bereichert ist. Nach diesem Zeitpunkt tritt dann die strenge Haftung ein. Die Begründung ist freilich verschieden. Der BGH hat in dem Mercedes-Kabriolettfall [81] § 988 BGB analog angewandt. Die Begründung ist schon deswegen unzutreffend, weil durch den Rücktritt der Besitz des Rücktrittsberechtigten nicht rückwirkend rechtsgrundlos wird, schon deswegen nicht, weil der Vertrag durch den Rücktritt aufrechterhalten bleibt. Die Begründung des BGH ist allgemein

---

78) Soergel/Ballerstedt § 467 Rdnr.4; HGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm.71 S. 459 oben; Düringer/Hachenburg/Hoeniger V,1 Einl. Anm. 215 S.191; RG v. 25.1.30 HRR 1930, 771; BGH v. 5.4.55 MDR 1955,464 "Kinostuhlfall"

79) Warneyer § 347 vorletzter Abs.; OLG Königsberg v. 3.5.13 OLG 28,85

80) h.M. Palandt/Heinrichs § 347 Anm.2 m.w.N.: Soergel/Schmidt § 347 Rdnr. 2

81) BGH v. 28.3.52 JZ 1952,527 ff=NJW 1952,778 (779) betr. Rücktritt gem. § 326 BGB, vgl. dazu schon oben S. 26 f

auf Ablehnung gestoßen [82]. Überwiegend wird § 327 S.2 BGB entsprechend angewandt [83]. Thielmann leitet aus dem Grundgedanken der §§ 988 und 327 S. 2 BGB, nämlich daß der redliche Inhaber einer Sache für Nutzungen nur nach Bereicherungsrecht haftet, im Wege der Rechtsanalogie ab, daß der Wandlungsberechtigte Nutzungen nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben hat [84].

§ 327 S. 2 BGB ist indes für den Bereich der Wandlung nicht anwendbar [85]. § 327 S. 2 BGB bezieht sich lediglich auf den Rücktritt und ist wegen der Verweisung in § 467 S. 1 BGB auf die für den vertraglichen Rücktritt geltenden Vorschriften auf die Wandlung nicht übertragbar. Da der Wandlungsberechtigte die Wandlung niemals "zu vertreten" hat, der Verkäufer hat die Wandlung durch die Lieferung fehlerhafter Ware veranlaßt, dürfte der wandlungsberechtigte Käufer konsequentermaßen nur nach Bereicherungsrecht haften mit der Folge, daß §§ 346 ff BGB insoweit völlig ausgeschaltet wären. § 327 S. 2 BGB schließt nämlich gerade § 347 BGB aus [86]. Dieses aus dem Gesetz selbst sich ergebende Ergebnis wird von der Umwandlungslehre gestützt. Im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses soll wirtschaftlich der Zustand vor der Leistung wiederhergestellt werden. Dazu gehört auch ein Ausgleich für die Nutzungen. Wird der Vertrag auf den Ausgangspunkt rückabgewickelt, so sind nicht nur die Leistungen zurückzugewähren, sondern auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben, bzw. Gebrauchsvorteile auszugleichen. Was den Zeitpunkt anbelangt, so ist es zwar richtig, daß der Verkäufer die Wandlung veranlaßt hat. Gleichwohl ist es nicht gerechtfertigt, dem Käufer, der die Sache genutzt hat, für die Nutzungen jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Erlangung der

---

82) Palandt/Degenhardt § 988 Anm.4 a; Erman/Hefermehl § 988 Rdnr. 5; weitere Nachweise bei Thielmann VersR 1970, 1069 (1073 Fn. 36)
83) Erman/Hefermehl § 988 Rdnr.5;OLG Köln v. 13.1.70 JMBlNRW 1970,300 f = OLGZ 1970,455; Werner NJW 1952, 930; Mezger JZ 1953, 67 ff
84) VersR 1970, 1069 (1073)
85) richtig Koller B 1974, 2459
86) Staudinger/Kaduk § 347 Rdnr. 18 a

Kenntnis von dem Mangel nur nach Bereicherungsrecht haften zu lassen, weil man die Leistung des Verkäufers in der Weise sehen muß, daß er die Kaufsache zur Nutzung zur Verfügung gestellt hat [87] und nunmehr der Käufer im Falle der Wandlung die (ab)genutzte Sache zuzüglich Nutzungen (Ausgleich für Gebrauchsvorteile) herauszugeben hat im Wege der Rückabwicklung im Rahmen des als Abwicklungsschuldverhältnis fortbestehenden Kaufvertrages.

Aus alledem folgt, daß der Mindermeinung [88] der Vorzug zu geben ist, nach der entscheidender Zeitpunkt für die Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen der Erhalt der Sache ist [89].

bb) Die Bemessung des Wertes der Gebrauchsvorteile

Es ist der objektive Wert der Gebrauchsvorteile zu ersetzen. Die Höhe dieser Vergütung kann auf der Grundlage von Kaufpreis und üblicher Benutzungsdauer der Kaufsache berechnet werden. Bei vermietbaren Sachen kann der objektive Mietwert zur Berechnung der Vergütung für die Gebrauchsvorteile herangezogen werden [90]. Auf Einzelheiten soll nicht eingegangen werden. Es wird insoweit auf die eingehende Darstellung bei Thielmann [91] verwiesen.

Bleibt die Frage aufzuwerfen, ob nicht wenigstens dann, wenn der Verkäufer die Kaufsache nach verlangter Wandlung nicht zurücknimmt, die Verpflichtung zum Ersatz des objektiven Wertes der Gebrauchsvorteile entfällt, wenn der Käufer die Kaufsache sozusagen notgedrungen weiterbenutzen muß.

---

87) § 364 S. 2 BGB ist freilich nicht anwendbar, weil diese Bestimmung nur eingreift, wenn die Gebrauchsüberlassung Hauptgegenstand des Vertrages war, ist sie Nebenfolge, verbleibt es bei § 347 S. 2 BGB, vgl. Boehmer JZ 1952, 589; Thielmann VersR 1970, 1069 (1072 m.w.N.)

88) Nachweise oben Fn. 78 S. 70

89) allerdings kommt man i.d.R., wendet man §§ 327 S.2, 812 Abs. 1, 818 BGB an, zu demselben Ergebnis, weil i.d.R. davon auszugehen ist, daß sich der Käufer auf jeden Fall die betr. Sache angeschafft und sie gebraucht hätte, so daß i.d.R. eine Entreicherung ohnehin entfällt; vgl. Thielmann VersR 1970, 1069 (1073 Fn. 43)

90) Palandt/Degenhart § 987 Anm. 1 b a.E.; Palandt/Danckelmann § 100 Anm. 1

91) VersR 1970, 1069 (1073 ff)

Beispiele [92]: Der Käufer kaufte im Frühjahr 1966 von dem Verkäufer eine Eichenschrankwand "Castle" für 3459,- DM. Nachdem der Käufer den Kaufpreis voll bezahlt hatte, wurde die Schrankwand im April 1966 geliefert. Bei der Anlieferung waren die Furniere auf der vorstehenden Platte des Unterbaues eines der Schrankteile wellig. Der Käufer forderte zur Beseitigung dieses Mangels auf. Nachdem der Verkäufer die Fläche behandelt hatte, wies sie Farbunterschiede zu den übrigen Schrankteilen auf.Weitere Nachbesserungen mit dem Ziel, die Farbunterschiede zu beseitigen, schlugen fehl. Mit Schreiben vom 24.2.1967 erklärte der Käufer die Wandlung und verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises. Der Verkäufer nahm die Schrankwand nicht zurück. Sie verblieb in der Wohnung des Käufers und wurde von ihm genutzt. Es kam zum Prozeß über die Berechtigung der Wandlung, der lange dauerte. Der Verkäufer rechnete gegen den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hilfsweise mit seinem Anspruch auf Nutzungsentschädigung auf.

Das OLG Köln lehnte die Zuerkennung einer Nutzungsentschädigung am Ende mit der Begründung ab, auch eine Nutzungsentschädigung nach dem Zeitpunkt der Wandlungserklärung entfalle unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, weil der Verkäufer die Schrankwand nicht zurückgenommen habe und damit dem Käufer die Gebrauchsvorteile "aufgedrängt" habe und ihn nun nicht mit einer Vergütung dafür belasten könne.

Das Urteil ist nicht zutreffend. Die Nutzungen sind herauszugeben, bzw. die Gebrauchsvorteile zu vergüten seit Erhalt der Kaufsache. Wollte der Käufer die Schrankwand nicht nutzen, hätte er sie einlagern können und die dafür erforderlichen Kosten liquidieren können [93]. Im übrigen, beläßt der Käufer die Schrankwand in seiner Wohnung, so liegt es nahe, dem Käufer für die Bereitstellung seiner Wohnung zur Aufbewahrung der Schrankwand eine Vergütung zuzusprechen [94].

Fraglich ist dann nur noch, ob der Käufer in einem solchen Fall im Hinblick auf § 987 Abs. 2 BGB etwa nicht in Anspruch genommene Gebrauchsvorteile zu ersetzen hat. Das ist jedenfalls für die Zeit ab Zurverfügungstellung der Kaufsache zur Wegnahme zu verneinen [95]. Lediglich tatsächlich gezogene Nutzungen sind zu vergüten.

---

92) nach OLG Köln v. 13.1.70 OLGZ 1970.454
93) vgl. dazu oben S. 63
94) Koller B 1974, 2459 Text und Fn. 75
95) Koller B 1974, 2459

f) Ersatz des durch Verschlechterung der Sache verursachten Schadens (§§ 467 S. 1, 347 S. 1 BGB)

Auf diese Frage soll nur insoweit eingegangen werden als sie die Wertminderung betrifft, die durch den Gebrauch der Sache eingetreten ist [96].

Muß der Käufer eine Nutzungsvergütung für Gebrauchsvorteile zahlen, so ist es unangemessen, ihn darüberhinaus, die Verschlechterung infolge Gebrauchs der Sache ersetzen zu lassen. Die Verschlechterung der Kaufsache durch Gebrauch ist durch die Vergütung für die Gebrauchsvorteile für die gesamte Zeit des Gebrauchs der Sache durch den Käufer abgegolten. Der Verkäufer erhält die Kaufsache im Istzustand plus Nutzungsvergütung zurück, was im Ergebnis wirtschaftlich gesehen sich als Rückgewähr der geleisteten Kaufsache in ihrem ursprünglichen Zustand darstellt.

2. Die Rückgewährpflichten des Verkäufers

Vorbemerkung

Die Verpflichtungen des Verkäufers stellen ein Spiegelbild zu den Pflichten des Käufers dar. Sie ergeben sich zum Teil bereits aus dem oben Gesagten, sollen indes im Zusammenhang dargestellt werden.

a) Die Verpflichtung zur Wiederabnahme der Kaufsache

Der Verkäufer hat das Recht, die verkaufte Sache zurückzuverlangen, sich in ihren Besitz zu setzen, und zwar durch Rücknahme.

Fraglich ist nur, ob der Verkäufer, wenn er die Sache nicht zurücknimmt, lediglich in Annahmeverzug (Gläubigerverzug) gerät mit der Wirkung, daß der Käufer von da an nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat (§ 300 BGB), oder ob er auch in Abnahmeverzug (Schuldnerverzug) gerät mit der Wirkung des § 287 BGB. Das hängt davon ab, ob man die Rücknahmepflicht als Nebenpflicht ansieht und ggf. eine Hauptpflicht bei Vorliegen eines besonderen Interesses an der Rücknahme entsprechend § 326 BGB annimmt oder ob man die Rücknahmepflicht als essentiale der Rückabwicklung ansieht.

Der Pflicht des Käufers, die Sache dem Verkäufer zur Abholung zur Verfügung zu halten, entspräche eine

Wiederabnahmepflicht mit An- und Abnahmeverzug bei Nichtrücknahme.

Eine derartige Wiederabnahmepflicht ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz (§§ 467, 346 f BGB). Die herrschende Meinung begründet sie als Entsprechung zur Abnahmepflicht des Käufers durch eine Analogie zu § 433 Abs. 2 BGB [96], die durch § 462 BGB geboten sein soll [97]. Betrachtet man diese Begründung genauer, so ergibt sich folgendes:

Die Pflicht des Käufers zur Rücknahme der Sache wird den §§ 433, 346, 347 BGB entnommen. Da die Abnahme der Kaufsache durch den Käufer nach § 433 Abs. 2 BGB eine Leistung darstelle, sei die Wiederabnahme als Rückgewähr dieser Leistung i.S.d. § 346 BGB zu betrachten [98]. Die Gegenansicht [99] weist darauf hin, daß die Wandlung nicht wie der Kauf den Umsatz der Ware bezwecke. Die Wandlung habe vielmehr die Zielsetzung, die Folgen des Vertragsvollzugs rückgängig zu machen. Der Käufer sei nur verpflichtet, seinerseits das dazu Erforderliche zu tun. Der Käufer sei ausreichend dadurch geschützt, daß der Verkäufer, nehme er die Ware nicht zurück, in Annahmeverzug komme (§§ 263 ff BGB) [100]. In der Rechtsprechung findet sich zu dieser Frage kaum etwas. Zwar geht aus einigen Entscheidungen deutlich hervor, daß der Wandelnde auf Wiederabnahme der Ware zu klagen berechtigt ist [101], aber über eine Pflicht zur Wiederabnahme wird selten etwas gesagt. Damit wird wohl nur ausgedrückt, daß wie bei § 433 Abs. 2 BGB die Abnahme der Kaufsache die Rücknahme der Kaufsache nach Wandlung trotz des Theorienstreits um Vertrags- und Herstellungs-

---

96) Erman/Weitnauer § 467 Rdnr.9; Kreß BT S.20; Planck/Knoke § 467 anm.2 cδ; Werner Recht 1902, 339; A. Wolf S. 25

97) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 40

98) Staub/Heinichen § 377 Anm.71 a, dort heißt es allerdings mißverständlich, daß die Rücknahme nach § 433 BGB eine Leistung darstelle; richtig dagegen Brüggemann in BGB-RGRK (dem Nachfolgekommentar zu Staub) § 377 Anm. 71 a, die Abnahme stelle eine Leistung nach § 433 BGB dar; dem folgend Bötticher, Gestaltungsakt S. 63 Fn. 31; diese Ansicht geht wohl auf Langheineken S. 218 zurück

99) Düringer/Hachenburg/Hoeniger V,1 Einl.Anm.214 a.E. ähnl.BGB-RGRK-Kuhn § 467 Anm.4 a; Soergel/Ballerstedt § 467 Rdnr. 3

100) vgl. RG v. 28.6.12 Warn 5 (1912) Nr.376 S. 412 f

101) z.B.RG v. 26.4.07 RGZ 66,73 (75)

theorie unmittelbar klagbare Verpflichtung ist. § 287 BGB würde demnach nicht gelten [102]. Lediglich ein älteres Urteil des Reichsgerichts [103] räumt dem Käufer einen Anspruch auf Abnahme ein, wenn er ein besonderes Interesse daran hat,von der Ware wieder befreit zu werden [104]. Dieses Urteil hat sich an die damalige Rechtsprechung zum Schadenersatz gehalten, wie sich aus den Gründen ergibt. Diese Rechtsprechung ist inzwischen aufgegeben worden [105].

Die Unrichtigkeit der Meinung, die den Annahmeverzug als ausreichende Folge dafür ansieht, wenn der Verkäufer die Ware nicht zurücknimmt, ergibt sich aus der Umwandlungslehre:

Die vollzogene Wandlung läßt den Vertrag in ein Abwicklungsschuldverhältnis übergehen. Die Leistungspflichten verkehren sich in ihr Gegenteil. Der Verschaffung des Eigentums an einer Sache entspricht die Rückübereignung der Sache durch Einigung und Gestattung der Wegnahme, da der Käufer auf Grund des § 346 BGB nur dazu verpflichtet ist, die mangelhafte Kaufsache zur Verfügung zu stellen. Der Verkäufer erhält das Eigentum an der Kaufsache durch Einigung über die Rückübereignung und durch Gewährung der Besitzübernahme (§ 854 Abs.2 BGB). Insofern ist der herrschenden Meinung durchaus zuzustimmen, wenn sie die Rücknahme der Kaufsache als Rückgewähr der Leistung i.S.d. § 346 BGB ansieht. Dazu bedarf es der Analogie zu § 433 Abs. 2 BGB indes nicht. Die Rücknahmepflicht folgt bereits aus dem Abwicklungsverhältnis, die in dessen Rahmen im Hinblick auf die Zielsetzung der Wandlung als Recht des Käufers, in den Stand vor der Leistung gebracht zu werden, als Hauptver-

---

102) § 326 BGB ist im Hinblick auf § 348 S.2 BGB nicht anwendbar, RG v. 28.5.18 RGZ 93,47 (49)

103) v. 3.5.10(III 224/09)Warn 3(1909/10)Nr.238 S.247 = Gruch 54(1910)938 Nr.72 =Recht 1910 Nr. 3336 = JW 1910,659 Nr.25: eine "Anlage" bestehend aus "Windmotor und Beleuchtungsanlage" war geliefert und dem Besteller die Wiederabnahme durch den Verkäufer zugesprochen worden.

104) RG v. 3.5.10 (III 24/10) zitiert bei Kuhn und Ballerstedt aaO (Fn. 99 S. 74)

105) RG v. 28.10.31 RGZ 134, 83 (90); BGH v. 8.1.59 BGHZ 29, 148 ff; vgl. dazu unten S. 281 f

pflichtung mit der Folge des § 287 BGB anzusehen ist [106], ohne daß es eines besonderen Interesses des Käufers an der Rücknahme bedarf.

Entsprechend dem oben Gesagten hat der Verkäufer die Kosten der Wiederabnahme selbst zu tragen [107].

b) Die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises und zur Verzinsung der Kaufsumme

Ist der Kaufpreis bereits gezahlt worden, so hat der Verkäufer den Kaufpreis zurückzuzahlen (§ 467 S. 1 i.V.m. § 346 S. 1 BGB).

Die Summe ist vom Zeitpunkt des Erhalts an zu verzinsen (§ 467 S. 1 i.V.m. § 347 S. 3 BGB), und zwar mit 4 % (§ 246 BGB) oder mit 5 % (§ 352 HGB).

Es ist zu erwägen, ob bei der Wandlung die Zinspflicht erst mit Kenntnis des Käufers von den Voraussetzungen für die Wandlung beginnen soll [108]. Hat der Käufer für Nutzungen ab Erhalt des Kaufgegenstandes einzustehen [109], so entspricht es dem, wenn die Zinspflicht auch mit Erhalt des Kaufpreises beginnt. Es handelt sich um einen zugegebenermaßen unvollkommenen Ausgleich für die Nutzungsvergütung [110].

Außerdem sind die von dem Käufer gem. § 452 BGB entrichteten Zinsen zurückzuzahlen [111].

c) Die Behandlung der Leistungen an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber

Es handelt sich dabei um die Frage, wie sich die Rückgewähr bei vom Käufer anstelle von Geld Geleistetem vollzieht.

aa) Die Inzahlunggabe von Gebrauchtgegenständen an Erfüllungs Statt für einen Teil der Kaufpreisforderung

Es werden zunehmend Kaufverträge über Investitions- und höherwertige Konsumgüter unter Inzahlunggabe von Altgeräten (gebrauchte Maschinen, Kraftfahrzeuge) zu einem bestimmten (meist über dem Taxwert liegenden) Preis geschlossen.

Wandelt der Käufer wegen Fehler der neuen Sache, so

---

106) im Ergebnis zutreffend HGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm.65 und die oben in Fn. 96 S.74 Genannten; ähnlich BGB-RGRK 12 - Mezger § 467 Rdnr. 2
107) vgl. oben S. 61 ff
108) so OLG Stettin v. 25.6.35 HRR 1935 Nr. 1581
109) vgl. oben S. 68 ff
110) zutreffend Thielmann VersR 1970,1069 (1079 r.Sp.)
111) Soergel/Ballerstedt § 467 Rdnr. 2

ist fraglich, ob neben dem gezahlten Restkaufpreis die Gebrauchtsache, so sie noch vorhanden, an den Käufer zurückgegeben oder der Betrag, für den sie in Zahlung genommen wurde, an den Käufer vergütet werden muß.

Die Abrede über die Inzahlungnahme, die gleichzeitig mit dem Kaufvertrag über eine neue Sache geschlossen wird, ist im allgemeinen als Vereinbarung einer teilweisen Ersetzungsbefugnis des Käufers zu qualifizieren. Durch die Erfüllung der Vereinbarung, mit der die Parteien die Altsache des Käufers als Erfüllungssurrogat i.S.d. § 364 Abs. 1 BGB bestimmt haben, ist in Höhe des vereinbarten Betrages die Kaufpreisforderung des Käufers erloschen. Es bleibt bei einem Kaufvertrag, nur liegt in der Leistung an Erfüllungs Statt ein entgeltlicher Austauschvertrag [112]. Die Abrede der Inzahlunggabe, -nahme ist Nebenabrede zum Kauf und kein selbständiger Vertrag, etwa Ankauf des Gebrauchtgegenstandes oder Tausch [113]. Daß ein derartiger Vertrag mit Inzahlungnahme als Kaufvertrag mit Ersetzungsbefugnis an Erfüllungs Statt anzusehen ist, entspricht dem Parteiwillen. Der Käufer will einen neuen Gegenstand erwerben und zugleich seine Gebrauchtsache verwerten, damit er nur noch den Rest der Kaufsumme in bar auszugleichen hat. Der Verkäufer gewährt Inzahlungnahme mit je nach Geschäftslage unterschiedlichen Konditionen, um besonders in absatzschwachen Zeiten, etwa der Winter im Kraftfahrzeughandel, das Geschäft zu beleben.

Wandelt der Käufer den Vertrag wegen Fehlers der neuen Sache, so hat der Verkäufer die fehlerhafte Sache zurückzunehmen und den Restkaufpreis und die in Zahlung genommene Gebrauchtsache zurückzustellen. Das folgt aus dem Abwicklungsverhältnis. "Zurückgewähren" bedeutet Rückleistung des Empfangenen auf demselben Wege wie

---

112) BGH v. 18.1.67 NJW 1967,553; vgl.auch BGH v.20.5.60 NJW 1960,1853 (1854);ähnlich Pfister MDR 1968, 362: gemischter Kauf-/Tauschvertrag; OLG Celle v. 27.9.63 BB 1964, 147: "Anrechnungsbefugnis"

113) so aber OLG Hamburg v. 18.10.62 BB 1963,165 vgl. auch OLG Hamburg v. 22.10.71 MDR 1971,134 (135); Schmidt DAR 1964, 201; im österreichischen Recht wird "Doppelkauf" angenommen, OGH v. 6.3.73 JurBl 1974, 574, v. 25.9.73 EvBl 1974 Nr.162 (ÖJZ S.353)

man es erhalten hat [114]. Wird wegen Fehlers der neuen Sache gewandelt, so unterliegt also auch die in Zahlung gegebene Gebrauchtsache der Rückabwicklung nach Rücktrittsrecht. Zwar soll die Wandlung den Käufer schützen, also den Erwerber der neuen Sache. Dieses Prinzip rechtfertigt es aber nicht, es bei der Wandlung hinsichtlich des Kaufpreises bei der Ersetzungsbefugnis zu belassen. Die Einräumung dieser Befugnis war ein Entgegenkommen des Verkäufers, deren Vorteile haben daher nicht dem Käufer auch bei vom Verkäufer "zu vertretender" Wandlung zu verbleiben [115].

So hat denn auch das OLG Frankfurt in einem Fall, in dem beim Kauf einer Dreizapf-Eismaschine eine Zweizapf-Eismaschine in Zahlung genommen worden war, die Klage des Käufers auf Zahlung des Betrages, für den die Zweizapf-Eismaschine vom Verkäufer "hereingenommen" worden war (Anzahlung), nach Wandlung abgewiesen und ausgeführt, daß der Käufer in einem solchen Fall lediglich die gebrauchte Maschine zurückzuverlangen berechtigt ist [116].

Wurde der in Zahlung genommene gebrauchte Gegenstand vor der Wandlung bereits weiterveräußert oder verwertet, ist fraglich, wie dann im Falle der Wandlung zu verfahren ist. Das OLG Karlsruhe [117] hat in einem solchen Fall - ohne allerdings von dem eben behandelten zu unterscheiden, was von seinem Ausgangspunkt aus auch nicht erforderlich war - dem Käufer qua Wandlung den Betrag zugesprochen, mit dem die Altsache in Zahlung genommen wurde. Es ist der Ansicht, der Neuwagen sei ausschließlich durch eine Geldleistung bezahlt worden, die Abrede über die Inzahlungnahme sei ein rechtlich selbständiger Veräußerungsvertrag. Daß dies nicht zutreffend ist, wurde bereits dargelegt. Kann der Verkäufer die ihm obliegende Verpflichtung zur Rückstellung der Gebrauchtsache nicht mehr erfüllen, so richten sich die Folgen nach den §§ 347, 989 BGB. Zeitpunkt des Haftungsbeginns ist auch hier der Zeitpunkt des Erhalts der Sache. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Verkäufer die Unmöglichkeit der

---

114) OLG Hamburg v. 4.3.58 NJW 1958,1781 f; Palandt/Heinrichs § 346 Anm. 2
115) richtig Laufs NJW 1965, 1232 (1233); eingehend Krüger S. 80 ff
116) v. 3.2.70 WPM 1970, 370=BB 1970, 322=B 1970, 581
117) ZS Freiburg v. 30.10.64 NJW 1965, 111; dazu eingehend Krüger S. 80 ff

Herausgabe der Gebrauchtsache vor oder nach Kenntnis des Entschlusses des Käufers, den Kaufvertrag über die neue Sache zu wandeln, schuldhaft herbeigeführt hat. Hat der Verkäufer vor dieser Kenntnis die Gebrauchtsache weiterveräußert [118], so hat er in entsprechender Anwendung des § 281 BGB das Erlangte herauszugeben. Ein Mindererlös gegenüber dem Betrag, mit dem die Gebrauchtware in Zahlung genommen wurde, geht zu Lasten des Käufers. Das rechtfertigt sich mit dem Gedanken, daß es in erster Linie ein Vorteil für den Käufer war, daß die Gebrauchtsache in Zahlung genommen wurde.

Ist die in Zahlung gegebene Sache mangelhaft, so ist fraglich, ob der Verkäufer - unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrages über die neue Sache [119] - zu wandeln berechtigt ist. Mit dem BGH [120] ist diese Frage zu bejahen. Der Verkäufer erwirbt den an Erfüllungs Statt hereingegebenen Gegenstand im Austausch gegen einen Teil seiner Kaufpreisforderung. Die Rechtslage ist ähnlich wie beim Kauf. In Anwendung des § 365 BGB kann dann der Verkäufer bei Mängeln der Altsache Gewährleistungsrechte geltend machen. Liegen die Voraussetzungen vor, ist er zur Wandlung berechtigt. Die Rückabwicklung der Inzahlungsgabeabrede geht so vor sich, daß in Anwendung der §§ 467, 346 BGB der Zustand wiederherzustellen ist, der bestünde, wenn die Inzahlungnahme nicht erfolgt wäre. Der Käufer hat die Altsache zurückzunehmen und den Teil der Kaufpreisforderung wieder zu begründen, der durch die Inzahlungnahme getilgt werden sollte [121].

bb) Die Inzahlunggabe von Wertpapieren

Hat der Käufer Wertpapiere in Zahlung gegeben und sind diese nicht mehr verfügbar, so ist im Wege des Wertersatzes nicht der Nennwert, sondern der Kurswert zu ersetzen [122]. Einen etwaigen Kursverlust hat der Verkäufer zu tragen [123].

---

118) entsprechendes gilt für die sonstige Verwertung; ein darüberhinausgehender Schadenersatzanspruch gegen den Verkäufer erscheint vor Kenntnis der Wandlungsbegehren wegen der Besonderheit dieser Geschäfte nicht als angebracht

119) vgl. dazu im einzelnen Krüger S. 118 ff

120) v. 18.1.67 NJW 1967,553(554); a.A. Larenz II § 63 II S. 348 f

121) BGH wie Fn.120; HGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm.71 a a.E.; Palandt/Heinrichs § 365 Anm. 1

122) RG v. 24.1.05 JW 1905, 137 Nr. 14

123) Erman/Westermann § 346 Rdnr. 8 gegen KG v. 29.4.20 OLG 40,289

cc) Die Wechselbegebung

Hat der Verkäufer den Kundenwechsel zum Diskont gegeben, so hat er nur den Betrag zu erstatten, den er von der Bank erhalten hat, nicht aber den vom Käufer aufgewendeten Einlösungsbetrag [124]. Der Wechsel ist ein Kreditmittel für den Käufer. Wenn er den Kaufpreis nicht sogleich entrichten kann, ist es auch bei Wandlung des Kaufvertrages gerechtfertigt, die Kreditkosten beim Käufer zu belassen. Eine Kreditaufnahme zur Zahlung des Kaufpreises liegt in seiner Sphäre und hängt mit der fehlerhaften Kaufsache allenfalls mittelbar zusammen.

dd) Die Übernahme von Pflichten gegenüber Dritten durch den Käufer

Der Verkäufer hat den Käufer von den durch den Kaufvertrag begründeten Ansprüchen Dritter zu befreien [125]. Hat der Käufer z.B. eine Hypothek übernommen (§ 416 BGB) so hat ihn der Verkäufer von dieser Verpflichtung zu befreien [126].

Das ergibt sich aus dem Abwicklungsverhältnis, bei dem die Leistungen so wie sie erbracht wurden, zurückzugewähren sind.

ee) Die Tilgung der Kaufpreisschuld durch Aufrechnung

Hat der Käufer die Kaufpreisschuld durch Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Verkäufer getilgt, so führt die Wandlung dazu, daß der Verkäufer die Forderung wiederherzustellen und zu erfüllen hat [127].

d) Die Verpflichtung zum Ersatz notwendiger Verwendungen (§§ 467 S. 1, 347 S. 2 letzte Alt.i.V.m.S. 1, 994 BGB)

Der Anspruch auf Ersatz von notwendigen Verwendungen bestimmt sich beim vertraglichen Rücktritt von dem Empfang der Leistungen an nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 467 i.V.m. § 994 Abs. 2 BGB). Daß § 994 Abs. 2 BGB mit der Verweisung auf das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag beim vertraglichen Rücktritt anwendbar ist, recht-

---

124) RG v. 7.12.26 LZ 1927 Sp.242 Nr.3=JW 1927,677 Nr.18
125) dazu Böhm Recht 1901, 308 f; Soergel-Ballerstedt § 467 Rdnr. 2
126) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 36,31
127) vgl. Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 36 und Berolzheimer SeuffBl 77 (1912) 500 f

fertigt sich mit dem Gedanken, daß beide Parteien mit der Ausübung des vorbehaltenen Rücktritts rechnen mußten. Macht der Empfänger nach Erhalt der Leistung notwendige Verwendungen auf die geleistete Sache, so liegen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag häufig vor, weil der Empfänger in Kenntnis des vorbehaltenen Rücktritts die Verwendungen vornimmt und damit zumindest auch ein Geschäft des Leistenden führen will, was für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag ausreicht [128]. Bei dem gesetzlichen Rücktritt und bei der Wandlung liegen die so beschriebenen Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag auf jeden Fall solange nicht vor als der Leistungsempfänger von den Voraussetzungen oder der Wandlung nichts weiß. Daher ist es gerechtfertigt, bis zu diesem Zeitpunkt § 991 Abs. 1 BGB anzuwenden.

aa) Erhaltungskosten

Unter Erhaltungskosten - in § 994 Abs. 1 S. 2 BGB erwähnt - fallen die Kosten der Aufbewahrung und das Lagergeld [129]. Ist der Käufer Kaufmann, so kann er Lagergeld für die Lagerung der Ware in seinen eigenen Räumen verlangen [130], § 354 HGB. Ferner gehören dazu die Futterkosten [131]. Auch Feuerversicherungsbeiträge [132] und Steuern [133] sind unter diesem Gesichtspunkt zu ersetzen.

Diese Kosten sind entstanden bzw. entstehen während des Besitzes der Kaufsache und sind notwendig, um den Bestand der Sache zu ermöglichen.

bb) sonstige Aufwendungen

Der Ersatz von notwendigen, die nicht unter die Erhaltungskosten fallen (§§ 994 Abs. 1 S. 1, 995 BGB) richtet sich nach § 994 Abs. 2 bzw. § 991 Abs. 1 BGB.

---

128) Gursky JurA 1969,103(104 m.N.)=ZR 35 (36 m.N.)
129) RG v. 16.2.06 Holdheim Monschr 15 (1906)167 r.Sp.; RG v. 13.7.06 aaO S. 282 1. Sp.
130) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.33; zum Lagergeld auch oben S. 61
131) vgl. § 488 BGB für den Viehhandel; RG v. 19.09.02 RGZ 52, 164 (166)
132) OLG Frankfurt v. 9.6.13 SA 68 Nr. 209 S. 393 ff
133) OLG Rostock v. 13.1.16 OLG 33,15

e) Die Verpflichtung zur Tragung der Spezifikationskosten

Hat der Käufer die Kaufsache umgestaltet und sich der Mangel erst bei der Umgestaltung gezeigt [134], muß er sie in der veränderten Form zurückgewähren [135]. Fraglich bleibt, ob der Verkäufer die Kosten der Umgestaltung, Spezifikationskosten genannt, zu erstatten hat. In den Motiven [136] ist zu lesen, aus dem Prinzipe und der Vorschrift des § 238 E I (heute § 281 BGB) folge von selbst, daß der Erwerber dem Verkäufer das herauszugeben habe, was infolge der Spezifikation in sein Vermögen gelangt sei, also entweder die neue Sache gegen Vergütung der Spezifikationskosten oder den Vermögensvorteil, der sich ergebe, wenn er die Sache behalte. Daß Spezifikationskosten zu erstatten sind, entspricht der herrschenden Meinung. Sie will diese Kosten unter dem Gesichtspunkt des Verwendungsersatzes zusprechen [137].

Die aufgewandten Kosten für die Umgestaltung sind nicht als notwendige Verwendungen auf die Sache anzusehen (§ 994 BGB). Außerdem liegen die Voraussetzungen der §§ 467 S. 2,999 Abs. 2,683 ff BGB nicht vor, weil der Käufer bei der Umgestaltung nicht die Geschäfte des Käufers besorgen will [138], und zwar auch nicht neben oder zugleich mit seinen eigenen; er meint ein eigenes Geschäft zu führen und will ein eigenes Geschäft führen. Vielmehr ist den Motiven zum BGB zuzustimmen [139]. Leitgedanke des § 281 BGB ist es, Vermögenswerte, die einem anderen wirtschaftlich nicht zukommen, dem zuzuführen, dem sie gebühren [140]. Der Käufer kann also eigene Aufwendungen berücksichtigen [141]. Das muß auch dann gelten, wenn die Sache umgestaltet worden ist [142].

---

134) bei der Verarbeitung des gekauften Holzes oder Marmorblocks wird seine Brüchigkeit entdeckt, Beispiele bei Oertmann § 467 Anm. 1 g
135) vgl. oben S. 53 ff
136) II S. 231
137) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 26; Planck/Knoke § 467 Anm. 2 dα ; Oertmann § 467 Anm. 1 g
138) zutreffend HGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm. 71
139) ihnen folgend Brüggemann wie Fn.138
140) RG v. 24.3.28 RGZ 120, 347 (349)
141) vgl. RG v. 26.6.22 RGZ 105,84 (91)
142) anders wohl RG 11.10.32 RGZ 138,45 (50 f)

Wird die umgestaltete Sache in Durchführung der Wandlung dem Verkäufer zurückgewährt, so hat der Käufer Anspruch auf Erstattung der Umgestaltungs- (Spezifikations-) kosten im Rahmen des Rückabwicklungsverhältnisses in Anwendung des Rechtsgedankens des § 281 BGB.

f) Die Verpflichtung zum Ersatz der Vertragskosten (§ 467 S. 2 BGB)

Nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift hat der Verkäufer dem Käufer die Vertragskosten zu ersetzen, falls er diese getragen hat. Unter die Kosten des Kaufvertrages fallen die in § 449 BGB genannten Kosten, also z.B. bei Grundstückskäufen die Notariatskosten (die Kosten des schuldrechtlichen Vertrages und der Auflassung) [143]. Außerdem gehören zu den Vertragskosten die Telegrammgebühren der endgültigen Bestellung [144], die Kosten der Bevollmächtigung eines Dritten [145], der als Vertreter des Käufers abschließt, die Gebühren des vom Käufer zur Vermittlung beauftragten Maklers [146].

g) Die Aufwendungen in Erfüllung, zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrages (Erfüllungskosten)

Unter dieser Überschrift wird die Frage geprüft, ob auch Aufwendungen, die vorgenommen werden mußten, um in den Besitz der Kaufsache zu gelangen und ihrem bestimmungsmäßigen Gebrauch zuzuführen, m.a.W. sie gebrauchsfertig zu machen, im Falle der Wandlung zu erstatten sind.

Es handelt sich dabei im wesentlichen um folgende Positionen:

Der Verkäufer übernimmt den Transport des Kaufgegenstandes zum Käufer nicht selbst oder verlangt besonders ausgewiesene vom Kaufpreis unabhängige Transportkosten. Der Käufer muß diese Kosten aufwenden, um die Kaufsache überhaupt an den Ort zu schaffen, an dem er sie haben möchte und verwenden kann.

---

143) RG v. 1.7.99 RGZ 44,250; RG v.9.10.12 JW 1913,27 Nr.13
144) OLG Celle v.19.2.10 OLG 22,230=SA 65 Nr.91 S.183
145) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.38; OLG Kiel v.2.6.04 OLG 10, 176
146) OLG Kiel v. 2.6.04 OLG 10,176; A.A. OLG Braunschweig v. 22.2.10 Recht 1910 Nr. 1237; HGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm. 71 a; Staudinger/Ostler § 467 Rdnr. 38; Düringer/Hachenburg/Hoeniger V, 1 Einl. Anm. 216; Soergel/Ballerstedt § 467 Rdnr. 2

Ein Wandtresor muß eingemauert werden. Der Verkäufer übernimmt das nicht, bzw. übernimmt die Kosten nicht, sondern weist diese besonders aus.
Eine Maschine kann nur dann erprobt werden, wenn sie fest in der Fabrikhalle montiert wird. Der Verkäufer übernimmt diese Montage nicht oder verlangt die Montagekosten gesondert.
Diese Art Aufwendungen entstanden im Vorfeld der endgültigen Ingebrauchnahme der Kaufsache werden im Anschluß an Max Wolff [147] als Kosten bezeichnet, die der Käufer in Erfüllung (zum Zwecke der Erfüllung) des Vertrages hat machen müssen [148]. Wolff begründet das damit, daß es sich dabei wie die Zahlung des Kaufpreises um Leistungen des Käufers handelt, die dieser in Erfüllung des Vertrages vornimmt. Vertragspflichten des Käufers könnten beliebig durch Vereinbarung vermehr werden [149]. Ob diese Begründung zutrifft, kann dahinstehen. Auf jeden Fall handelt es sich um Kosten, die vor der Wandlung entstanden sind, um überhaupt die Sache in Besitz und Gebrauch zu nehmen. Sie sollen im folgenden kurz "Erfüllungskosten" genannt werden. Sie entsprechen einem Kaufpreis insofern als der Verkäufer diese Kosten selbst hätte übernehmen und in seinem Kaufpreis hätte berücksichtigen können. Der Aufwand, der zur Erreichung der Funktionsfähigkeit einer Maschine nötig ist, gliedert sich in dem Fall, in dem nur die Maschine als solche bei dem Hersteller oder Verkäufer zur Abholung bereitgestellt wird, in den Kaufpreis und die Transport- und Montagekosten. Übernimmt der Verkäufer die Pflicht, die Maschine beim Käufer aufzustellen und in Betrieb zu setzen, gegen einen einheitlichen Preis, so ist das der Kaufpreis, der im Falle der Wandlung zurückzuzahlen ist. Werden die "Erfüllungskosten" vom Käufer getragen, so entsteht bei der Wandlung infolge der Mangelhaftigkeit der Sache ein Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises. Man könnte nun folgern, daß die Erfüllungskosten deswegen zu erstatten sind, weil sie ein Bestandteil des Kaufpreises hätten sein können. Ballerstedt [150] erwähnt die Einbaukosten für den gelieferten Motor unter Hinweis auf den bereits

147) Gruch 48 (1904) 503 (504 f)
148) Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.34
149) aaO S. 504 f
150) in Soergel § 467 Rdnr. 2

erwähnten Schiffsmotorfall [151] bei der Erstattung notwendiger Verwendungen. Brüggemann [152] notiert die Transportkosten einschließlich der Kosten für Auf- und Abladen, Rollgeld und Zoll sowie die Montage- und Einbaukosten als Verwendungskosten. Hoeniger [153] spricht dergleichen Kosten offenbar in entsprechender Anwendung des § 467 S. 2 BGB zu. Leonhard differenziert und hält nur Aufwendungen für Verwendungen auf die Sache, durch die der Käufer die Sache erhalten hat, also die Transportkosten [154], lehnt aber den Ersatz dieser Kosten ab [155]. Er verneint auch die Erstattungsfähigkeit der Kosten, die erforderlich waren, um die Sache für sich brauchbar zu machen, weil insofern keine Verwendungen vorlägen, die der Erhaltung der Sache selbst dienten.

Weder bei den Transportkosten noch bei den Montage- und Einbaukosten handelt es sich um Aufwendungen auf die Sache, also um Aufwendungen die der Erhaltung der Sache dienen [156]. § 347 S.2 i.V.m. § 467 S.1 BGB entfällt daher entgegen den Genannten als Anspruchsgrundlage. Auch § 346 S.1 BGB ist nicht gegeben, da diese Leistungen nicht von dem Käufer "empfangen", sondern selbst erbracht wurden [157].

Die Verpflichtung zur Erstattung dieser Kosten rechtfertigt sich indessen aus folgender Überlegung: Wegen des Ziels der Wandlung, in erster Linie den Käufer in den Zustand vor Erbringung der Leistung zu versetzen, hat der Verkäufer für die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Erwerb der Kaufsache entstandenen Kosten, die wegen der Mangelhaftigkeit des Kaufobjekts für den Käufer ihren Sinn verloren haben, im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses einzustehen.

Damit wird nicht einem Schadenersatzanspruch das Wort geredet. Denn die Erfüllungsaufwendungen sind ebensowenig wie die Zahlung des Kaufpreises ein Schaden, der durch die mangelhafte Leistung entstanden ist (Schadenersatz wegen Nicht- oder Schlechterfüllung), da sie vor der Wandlung erbracht worden sind. Man könnte allenfalls an

---

151) KG v. 15.3.13 OLG 28, 138; dazu oben S.61, 66 ff
152) in HGB-RGRK § 377 Anm. 71 a
153) in Düringer/Hachenburg, V,1 Einl.Anm. 216 S. 192; ähnlich Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.34; vgl. auch Heide Schaumburg, Sachmängelgewährleistung S. 12 Fn. 5 = MDR 1975, 106 Fn. 23
154) S. 39
155) S. 41
156) richtig Wolff aaO S. 506
157) richtig Wolff aaO S. 506

ein negatives Interesse denken. Dafür ergeben sich bei der Wandlung Anhaltspunkte in § 467 S.2 und § 488 BGB, aus denen hervorgeht, daß nicht nur die Leistungen zurückzugewähren sind, sondern auch ein gewisser Vertrauensschaden auszugleichen ist [158]. Leonhard [159] sieht allerdings § 467 S.2 BGB als Ausnahmeregelung an und bei ausdehnender Anwendung die Grenze zum negativen Interesse nicht gewahrt und das Gewährleistungsrecht bei Erstattung der Erfüllungskosten mißverstanden. Er meint, daß der schuldlose Verkäufer nicht übermäßig belastet werden dürfe und ihm schon gar nicht die Kosten aufzuerlegen seien [160]. Zur Stützung seiner Ansicht zieht Leonhard [161] eine Entscheidung des RG vom 13.6.1902 [162] heran. In dieser Entscheidung ist in der Tat die Klage auf Transportkosten und Rollgeld abgewiesen worden. Es handelte sich aber dabei nicht um Transportkosten vom Verkäufer zum Käufer, sondern um einen speziellen Fall:

Der Käufer kaufte von dem Verkäufer 20 Tonnen Getreide, lieferbar frei Bahnhof B. Der Käufer verkaufte weiter an H, der den Roggen an den Müller K in A weiterverkaufte. K verweigerte die Annahme, da der Roggen naß und infolgedessen nicht mahlfähig war. Der Käufer machte Wandlung geltend und verlangte die Kosten für den Bahntransport von B nach A, also die durch den Weiterverkauf veranlaßten Frachtkosten, sowie das Rollgeld für das Anfahren des Roggens zu der Mühle des K sowie der durch den Deckungskauf hervorgerufenen Mehrkosten.

Das RG erblickt in diesen Positionen zu Recht keine Aufwendungen [163]. Um Erfüllungskosten im oben beschriebenen Sinne handelt es sich dabei auch nicht. Denn die Kosten sind nicht entstanden, um in den Besitz der Kaufsache zu gelangen oder um sie brauchbar zu machen, sondern sind bei einem Weiterverkauf entstanden. Solche Kosten sind in der Tat, wie das RG richtig erkannt hat, nur als Schadenersatzanspruch bei entsprechendem Verschulden des Verkäufers ersetzbar und nicht im Rahmen der Wandlung [164].

---

158) vgl. Erman/Weitnauer § 467 Rdnr.9
159) S. 40 f
160) S. 41
161) S. 42
162) RGZ 52,18 ff
163) S. 19
164) BGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm.71 b S.460 unter Hinweis auf LG Halberstadt v.3.11.27 Naumb KammerZ 1928, 119=JDR 27(1929)87;vgl.noch RG v.16.2.06 HoldhMSchr 15,167; nicht ganz klar Staudinger/Ostler der RGZ 52,18 ff als "abweichend" zitiert, auf der anderen Seite zustimmend auf LG Halberstadt aaO verweist; auch Soergel/Ballerstedt § 467 Rdnr.2 a.E. zitiert RGZ 52,18 als abweichend

Leonhard hat diese Entscheidung also mißverstanden [165]. Verständlich ist, daß Leonhard die Haftung ohne Verschulden eingeschränkt wissen will, weil er dem Verschulden bei Vertragsschluß praktische Bedeutung geben will, hier insofern, als der gewerbliche Verkäufer meist wisse, daß er schlechte Ware liefert [166]. Gleichwohl verkennt er das Grundprinzip der Wandlung, dass derjenige geschützt werden soll, zu dessen Gunsten die Wandlung gegeben ist. Dieses Prinzip trägt die Lösung, daß die Erfüllungskosten vom Verkäufer zu erstatten sind [167].

Anspruchsgrundlage für den Erstattungsanspruch der Erfüllungskosten ist das Rückabwicklungsschuldverhältnis bei gewandeltem Kaufvertrag.

Folgende Einzelfälle seien herausgegriffen:

aa) Transportkosten

Transportkosten sind zu ersetzen, soweit es sich um die Kosten des Transports der Sache vom Verkäufer zum Käufer handelt. Darunter fallen im einzelnen die Kosten des Aufladens, der Fracht, der Anfuhr (Rollgeld) und des Abladens [168]. Die Kosten des Rücktransports fallen nicht unter die Erfüllungskosten. Sie sind Kosten der Rückgewähr [169].

bb) Zoll

Zoll muß aufgewandt werden, um die Sache zu erhalten. Zölle sind daher zu erstatten [170].

cc) Montagekosten

Darunter sind die Aufstellungs-, ggf. die Einmauerungskosten zu verstehen, die erforderlich sind, um die Kaufsache am vorgesehenen Ort betriebsbereit und standfest zu machen, an das Versorgungsnetz anzuschließen (Kühlmaschinen usw.) oder aber in oder an einer Wand anzu-

---

165) richtig dagegen Brüggemann aaO; Planck/Knoke § 467 Anm. 2 c ß

166) S. 41

167) zutreffend Wolff aaO S.507 f; Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.34; dem Grunde nach auch Dernburg II,2 § 186; Planck/Knoke § 467 Anm. 2 c ε

168) OLG Dresden v. 2.5.04 SächsArch 15 (1905)230 allerdings unter dem Gesichtspunkt des § 276 BGB; OLG Köln v. 31.12.12 OLG 4,39 Hintransportkosten; OLG Celle v. 19.2.10 OLG 22,230 f=SA 65 Nr.91 S.183; RG v.16.2.06 JW 1906,202 Nr.21=HoldheimMonschr 15 (1906) 167 r.Sp aus dem Gesichtspunkt der Verwendung; RG v. 13.7.06 HoldheimMonschr 15 (1906) 282 1. Sp. Ausladekosten

169) vgl. oben S. 64 ff

170) RG v. 16.2.06 JW 1906, 202 Nr. 21; Schubert S.73

bringen. Die Kosten des Einbaus des gekauften Motors in ein Boot des Käufers [171] sind bei der Wandlung des Kaufvertrages über den Motor zu erstatten. Montagekosten sind also zu ersetzen [172].

dd) Untersuchungskosten

Die durch die Untersuchung der Ware entstandenen Kosten können unter diesem Gesichtspunkt verlangt werden [173]. Die Untersuchungskosten sind Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Übernahme der Kaufsache entstehen. Sie müssen aufgewandt werden, um ggf. Fehler entdecken zu können. Sie sind daher entgegen Planck/Knoke [174], der sie als Kosten der Rückgängigmachung einordnet, mit unter die Erfüllungskosten zu nehmen.

ee) Prozeßkosten

Prozeßkosten des Rechtsstreits, den der Käufer mit seinem Abnehmer führen mußte, sind weder erstattungsfähige Verwendungen [175] noch Kosten, um die Sache zu erhalten. Sie sind daher aus dem Gesichtspunkt der Wandlung nicht erstattungsfähig [176].

ff) Vergütung für Verwaltung

Bei der Wandlung von Grundstückskaufverträgen ist wiederholt die Frage streitig geworden, ob die Aufwendungen für die Verwaltung des gekauften Grundstückes im Falle der Wandlung verlangt werden können. Das ist wiederholt abgelehnt worden, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen [177]. Richtig ist, daß die Verwaltungskosten keine Erfüllungskosten im oben umschriebenen Sinne sind, da sie über einen längeren Zeitraum anfallen und mit der

---

171) KG v. 15.3.13 OLG 28, 138 (139)

172) Schubert S. 73; Planck/Knoke § 467 Anm. 2 c ε; RG v. 13.11.08 Recht 1909 Nr. 36; OLG Düsseldorf v. 9.12.32 DRiZ 1933 Beilage Nr. 77

173) so im Ergebnis OLG Braunschweig v. 23.1.14 Recht 1914 Nr. 758 (Kosten eines Privatgutachtens über Mangelhaftigkeit) gegen OLG Celle v. 19.2.10 SA 65 Nr. 91 S. 183 = OLG 22, 230 (231); vgl. auch OLG Dresden v. 11.12.03 Anm.26,148 (als Schadenersatz neben Wandlung); RG v. 13.11.08 Recht 1909 Nr. 36; OLG Frankfurt v. 9.6.13 SA 68 Nr. 209

174) Planck/Knoke § 467 Anm. 2 c ε

175) so aber BGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm. 71 b

176) RG v. 23.10.02 RGZ 52,347 (348); KG v.17.5.11 OLG 23,33 (keine Verwendungen); Planck/Knoke § 467 Anm. 2 c ε m.w.N.; Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.35

177) RG v. 7.10.05 BayZ 1905,492 f = SA 61 Nr.29 S.49 f Staudinger/Ostler § 467 Rdnr.37; Planck/Knoke § 467 Anm. 2 c ζ S. 719

Inbesitznahme des Grundstücks nichts zu tun haben. Wenn dem Verkäufer aber die Nutzungen des Grundstücks herauszugeben oder zu vergüten sind, und zwar ab Nutzungsübergang, dann sind die aufgewendeten Verwaltungskosten als Rechnungsposten zu verrechnen, m.a.W. von der Nutzungsvergütung abzuziehen, m.a.W. vom Verkäufer zu erstatten [178].

h) Die Abgrenzung zwischen Vertragskosten, Aufwendungen zum Zwecke der Erfüllung, Aufwendungen i.S.d. § 347 BGB und übrige Kosten, die nur unter den Schadenersatz fallen können.

Aufwendungen i.S.d. § 347 BGB sind Verwendungen auf die Sache selbst. Vertragskosten sind Ausgaben, die für das Zustandekommen des Vertrages in schuldrechtlicher und dinglicher Hinsicht erforderlich waren. In Ausdehnung des Gedankens, der in §§ 467 S. 2 und 488 BGB zum Ausdruck kommt, bei der Wandlung in erster Linie den Käufer in den Zustand vor der Leistung zu versetzen, sind die Erfüllungskosten zu erstatten, also die Auslagen, die der Käufer hatte, um die Kaufsache in Besitz zu nehmen und für seine Zwecke funktionsfähig zu machen.

Weitere Positionen fallen nicht unter die Ersatzpflicht im Rahmen der Wandlung. Es ist nicht das ganze negative Interesse zu ersetzen, sondern nur die Vertrags- und Erfüllungskosten. Da Verschulden für diese Ersatzpflicht nicht vorausgesetzt wird, ist sie eng zu begrenzen. Sie bezieht sich ausschließlich auf die Leistung auf Grund des Vertrages. Alle übrigen "Schäden" (Ausgaben, die aus Anlaß des Kaufs getätigt worden sind [179], negatives Interesse, Mangelfolgeschäden) sind nicht zu ersetzen [180]. Die Ansprüche aus Wandlung können auch auf Schadenersatz gestützt werden; sie erhalten dadurch einen anderen Charakter [181].

---

178) im Ergebnis richtig Schütt Anm. zu RG v. 7.10.05 SA 61 Nr. 29 S. 49 Fn. 1

179) zutreffend OLG Celle v. 19.2.10 OLG 22,230 (231) = SA 65 Nr. 91 S.183: Der Käufer von Honig kann aus Wandlung die Kosten für die Anschaffung und Reinigung der zur Aufnahme des gekauften Honigs bestimmten Gläser nicht verlangen

180) HGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm.71 b; OLG Braunschweig v. 29.10.12 OLG 28, 137; OLG Frankfurt v. 9.6.13 SA 68 Nr. 209 S. 393 ff (Umzugskosten)

181) vgl. RG v. 13.06.04 RG 52, 18 (19) vgl. dazu unten S. 284

B. Ausländisches Recht

I. Österreichisches Recht

1. Grundlagen

Nach der in Österreich herrschenden Lehre führt die Wandlung zur Aufhebung des Kaufvertrages [182]. Mit der vollzogenen Wandlung erlöschen die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem aufgehobenen Vertrag, und zwar ex tunc [183]. Da das ABGB keine besonderen Vorschriften für die Durchführung der Wandlung kennt, bleibt nur die Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht. Auf Grund der Wandlung entfällt der Rechtsgrund für die bereits erbrachten Leistungen, so daß gegenseitige Bereicherungsansprüche entstehen. Die Verbindlichkeiten, die beiden Teilen aus der vollzogenen Wandlung erwachsen, sind keine Verbindlichkeiten aus dem aufgehobenen Vertrag [184]. Die Durchführung der Wandlung erfolgt also im österreichischen Recht nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung.

2. Die Rückgewährpflichten im einzelnen

a) Die Pflichten des Käufers

Der Käufer hat die erworbene Sache "zurückzustellen", d.h. er muß sie dem Verkäufer wieder zu Eigentum übertragen und die Übernahme der Kaufsache gestatten, und zwar an dem Ort, "wohin sie auf Grund des Vertrages gebracht worden ist, also der Bestimmungsort, wenn sie sich tatsächlich noch dort befindet" [185]. Das entspricht der deutschen Rechtsauffassung [186], wobei allerdings merkwürdig ist, daß auf den ex tunc durch die Wandlung aufgehobenen Vertrag zurückgegriffen wird, um den Ort der Rücknahme, den Erfüllungsort, der durch die "Natur" (§ 905 ABGB) bestimmt sein soll, festzustellen. Ist die Verkaufssache nicht mehr an dem vertragsgemässen Ort, so greift die allgemeine Regel des § 1420 ABGB ein,

---

182) Pisko,Gewährleistung S.60 mit Fn.13; ihm folgend Klang/Gschnitzer § 932 Anm.A III 1;a.A. wohl Ehrenzweig § 323 II 1 S.221 "Die Wandlung verpflichtet beide Teile, den früheren Zustand wiederherzustellen. Die Gültigkeit des Vertrages wird dadurch nicht berührt". Gemeint ist aber wohl nur, daß die Wandlung keine dingliche Wirkung hat, wie aus den folgenden Sätzen zu schließen ist.

183) Klang/Gschnitzer aaO unter Hinweis auf OGH v. 29.5.07 GlUNF 3789

184) das hebt Gschnitzer bei Klang § 932 III 1 d ausdrücklich hervor

185) Klang/Gschnitzer aaO unter Hinweis auf OGH 4.2.13 GlUNF 6285; Ehrenzweig § 323 II 1 Fn.26

186) vgl. oben S.56 ff

nach der dann der Wohn- oder Niederlassungsort der Erfüllungsort für die "Rückstellungsverbindlichkeit" ist [187]. Das bedeutet, daß der Erwerber die Kaufsache zum Wohn- oder Niederlassungsort auf eigene Kosten schaffen muß, um dort die Kaufsache dem Verkäufer zur Übernahme zur Verfügung zu stellen. Allerdings wird unter Hinweis auf Oertmann [188] die Ansicht vertreten, daß der Verkäufer die Übernahme an dem Ort, an dem sich die Sache gerade befindet, dann nicht verweigern könne, wenn das Abholen der Sache an diesem Ort für ihn nicht mit mehr Kosten und Schwierigkeiten verbunden sei als am Wohn- oder Niederlassungsort des Käufers [189].

Der Käufer hat die Nutzungen herauszugeben oder zu ersetzen [190]. Wie im deutschen Recht hat der Käufer, der die Kaufsache notgedrungen weiter in Kenntnis des Mangels nutzt, die Gebrauchsvorteile in Geld zu ersetzen [191].

b) Die Pflichten des Verkäufers

Der Verkäufer hat den etwa bereits erhaltenen Kaufpreis nebst Zinsen zurückzuzahlen [192].

Der Käufer hat Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, die er auf die Kaufsache gemacht hat [193]. Der Inhalt und Umfang dieses Anspruchs richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 331, 332 ABGB. Hat der Käufer den Mangel gekannt, so richtet sich sein Verwendungsersatzanspruch nach § 336 ABGB [194]. Wie im deutschen Recht gehören zu den erstattungsfähigen Aufwendungen die Fütterungskosten bei Tieren [195], allerdings hält Gschnitzer [196] diese Aufwendungen i.d.R. durch den

---

187) Klang/Gschnitzer aaO
188) Klang/Gschnitzer aaO unter Hinweis auf Oertmann § 467 Anm.4
189) Klang/Gschnitzer aaO Text und Fn.76
190) arg.§ 929 S.2 ABGB; Ehrenzweig § 323 II 1 S.221; a.A. Dniestrzański S.162 f
191) Kulka JurBl 1974,356(362 Fn.28);Santner ÖJZ 1973, 514 f gegen OGH EvBl 1972 Nr. 72 "Radlader"
192) OGH v.7.10.84 GlU 10198;Klang/Gschnitzer § 932 Anm.A III 1 a Text mit Fn.50; OGH v.19.9.16 JurBl 1916 Nr.45;Ehrenzweig § 323 II 1 S.222 m.w.N. in Fn.29; 4 % (G.RGBl Nr.62/1868 § 2 i.d.F. der 4. handelsrechtl.EV),5 % (§ 352 HGB)
193) auf ein Verschulden des Verkäufers kommt es nicht an: OGH v. 28.1.28 GlUNF 4104; OGH v. 14.5.29 SZ XI Nr.93
194) vgl. dazu Dniestrzański S.167; Ehrenzweig § 323 S.222 Fn.30
195) Klang/Gschnitzer aaO m.N. aus d.Rspr.in Fn.54
196) bei Klang aaO

Nutzen für ausgeglichen, den der Gebrauch des Tieres dem Käufer verschafft, wenn nicht gerade der vorhandene Mangel den Gebrauch erheblich beeinträchtigt hat [197]. Muß der Käufer die Nutzungen herausgeben oder vergüten, so sind indes die Futterkosten zu ersetzen.

Zu erörtern bleibt, ob der Verkäufer die Vertragskosten und die Erfüllungskosten zu tragen hat. Dazu gehören etwa die staatlichen Vertragsgebühren, der Mäklerlohn, Notariatsgebühren, die vom Käufer bezahlten Zölle, Transportkosten vom Verkäufer zum Käufer [198].

Die Auffassung, daß durch die Wandlung der Kaufvertrag ex tunc aufgehoben wird und lediglich gegenseitige Bereicherungsansprüche entstehen, führt mangels besonderer Vorschrift im ABGB im Gegensatz zum deutschen BGB (§ 467 S.2) dazu, daß diese Kosten nicht zu erstatten sind, ein Ergebnis, das mit dem von der Wandlung verfolgten Zweck, Wiederherstellung des Zustandes "als wenn man den Vertrag nicht geschlossen hätte" [199], oder beiderseitige Verpflichtung, "den früheren Zustand wiederherzustellen" [200] in Widerspruch steht. Wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, hätte der Erwerber dergleichen Aufwendungen nicht gemacht. Allerdings ist die Formulierung, "wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre", wie bereits hervorgehoben [201], mißverständlich, weil sie auch das negative Interesse in sich schliessen kann. So gesehen steht die Ansicht, daß ein vom Verschulden unabhängiger Anspruch auf Erstattung dieser Auslagen nach geltendem österreichischen Recht nicht besteht [202] mit der heutigen Fassung des ABGB im Einklang, zumal in der alten Fassung des § 932 ABGB davon die Rede war, daß "in beiden Fällen aber auch der Ersatz des weiteren Schadens" geschuldet

---

197) aaO unter Hinweis auf Oertmann § 467 Anm. 3 b in Fn. 55
198) vgl.Klang/Gschnitzer § 932 B II
199) vgl. §§ 880,1048 ABGB; im gleichen Sinne ist die Aufhebung des Vertrages in § 932 ABGB zu verstehen vgl. Klang/Pisko/Gschnitzer § 1047 Anm.A; Eisner Grünhuts Z 39(1912)575(648)
200) Ehrenzweig § 323 II 1 S.221
201) vgl. oben S. 50
202) so Klang/Gschnitzer aaO A III 1 a 2. Abs.m.N. in Fn.59; Dniestrzański S.165;Ehrenzweig § 323 II 1

werde, woraus die ältere Literatur [203] und Rechtsprechung [204] geschlossen hat, daß darin eine besondere den Ersatz dieser Auslagen betreffende Vorschrift zu sehen sei. Derartige Kosten können also nur bei Verschulden des Verkäufers auf Grund des in § 932 ABGB ausdrücklich erwähnten Schadenersatzanspruches geltend gemacht werden[205].

Was die Rücktransportkosten anbelangt, so braucht der Käufer sie nicht zu tragen. Das folgt daraus, daß der Ort der Rückstellung der Ort ist, an dem sich die Ware vertragsgemäß befindet [206].

II. Schweizerisches Recht

1. Grundlagen

Die Rückgewährpflichten auf Grund der Wandlung werden als Anwendungsfälle des Bereicherungsrechts (Art.62 ff OR) qualifiziert [207], und zwar deswegen, weil der Kaufvertrag ex tunc entfällt [208], und zwar obwohl in Art.195 OR, allerdings zur Entwehrung, lediglich von Aufhebung des Vertrages die Rede ist, was auf eine ex nunc Wirkung schliessen ließe. Der Grund, aus dem die Leistungen erbracht wurden, ist danach nachträglich weggefallen und Käufer und Verkäufer sind verpflichtet, die nunmehr rechtsgrundlos erbrachten Leistungen herauszugeben, wobei allerdings Art. 208 OR eine Sonderregelung darstellt, so daß z.B. die Einrede des Wegfalls der Bereicherung ausgeschlossen ist [209]. Dem widerspricht es allerdings, wenn Baur [210] ganz im Sinne der Umwandlungslehre sagt "Die Parteien sollen den begangenen Weg wieder zurückschreiten, und diesem Zurückschreiten wurde im Deutschen das Wort 'Wandlung' beigelegt".

2. Die Rückerstattungspflichten im einzelnen

a) Die Pflichten des Käufers

Entgegen dem Wortlaut des Art.208 Abs. 1 OR muß der Käufer die Sache nicht "zurückgeben", sondern ist berechtigt, die Rücknahme [211] des Kaufpreises und die Rücknahme des Kaufobjektes durch den Käufer zu ver-

---

203) Eisner aaO S. 666; Pfersche S.122
204) OGH v. 28.1.08 GlUNF 4104
205) zum Umfang der Ansprüche des Käufers bei Verschulden OGH v. 3.2.72 JurBl 1973,529; vgl. auch Klang/Gschnitzer § 932 Anm.B Text zu Fn.160-163
206) vgl. Ehrenzweig § 323 II 1 S.221
207) Baur S.45
208) h.M. vgl. nur Klang/Gschnitzer § 932 A IV 1
209) Baur S. 45 f
210) S. 48 f
211) Baur S.46

langen [212]. Das entspricht dem Ziel der Wandlung, daß der Käufer in den Stand vor der Leistung zu versetzen ist, ja nach einer weitergehenden Formulierung des Schweizerischen Bundesgerichts sogar in den Stand, als ob der Vertrag nicht geschlossen worden wäre [213]. Der Käufer genügt also seiner Verpflichtung, die Kaufsache "zurückzugeben", indem er sie zur Abholung zur Verfügung stellt.

Der Käufer hat den "inzwischen bezogenen Nutzen" an den Verkäufer herauszugeben (Art. 208 Abs. 1 OR), d.h. also natürliche Früchte und Zivilfrüchte wie Miet- und Pachteinnahmen, und zwar gleich einem gutgläubigen Besitzer (Art. 939 ff ZGB). Für nicht gezogene Nutzungen braucht er nichts zu vergüten.

b) Die Pflichten des Verkäufers

Der Verkäufer hat den Kaufpreis mit Zinsen [214] zurückzuzahlen, etwaige Prozeßkosten [215] und die Verwendungen zu ersetzen (Art. 208 Abs. 2 i.V.m. Art. 195 OR), und zwar dem Wortlaut nach alle Verwendungen, notwendige, nützliche sowie Luxusverwendungen [216]. Unter Verwendungen fallen z.B. Reparaturkosten [217].

Ferner hat der Verkäufer auch den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung der fehlerhaften Ware entstanden ist, und zwar den unmittelbaren Schaden, ohne daß ein Verschulden des Verkäufers vorliegen muß [218], den weiteren Schaden dagegen lediglich bei Verschulden [219], wobei allerdings der Verkäufer beweisen muß, daß ihn kein Verschulden trifft (Art.208 Abs. 2 und 3 OR). Was den unmittelbar verursachten Schaden (Art. 208 Abs. 2 OR) anbelangt, so ist darunter das negative Interesse zu verstehen [220].

---

212) richtig Becker Art.208 Rdnr.3;Baur S. 45

213) BG v.17.11.53 BGE 79 II 376(380), wo es wörtlich heißt, nachdem ausgeführt wurde, daß der Verkäufer gerechtermaßen für Aufwendungen, die der Käufer gemacht hat (dépenses) und den positiven Schaden (damnum emergens), den er durch den Kaufvertrag erlitten hat, einzustehen hat, "Mais l'acheteur ne saurait demander plus que d'être replacé dans la situation qu'il aurait s'i le contrat n'avait pas été conclu".

214) Art. 73 OR: 5 %

215) dazu Becker SJZ 1971 (67) 17 (24)

216) Oser/Schönenberger Art.195 Rdnr.4; Baur S.53

217) BG v.10.11.00 BGE 26 II 749

218) im Gegensatz zur Annahmeverweigerung beim Werkvertrag (Art. 368 Abs. 1 OR)

219) dazu und im Vergleich zur Irrtumsanfechtung Merz in Festschrift für Guhl S.87 ff

220) vgl. Oser/Schönenberger Art. 208 Rdnr. 5

Darunter fallen die Vertragskosten, z.B. die Notariatskosten [221]; die Erfüllungskosten [222], Transportkosten und Zoll [223], Abladekosten [224], Untersuchungskosten [225]; Lagerspesen [226]; Schadenersatz wegen versäumter Gelegenheit anderweitiger Beschaffung [227]; nicht entgangener Gewinn [229], wohl aber beim Verkauf einer mit Mängeln behafteten Maschine die unmittelbaren Schädigungen durch Betriebsstörungen, z.B. Löhne für Arbeiter, die infolge der Betriebsstörung nicht nutzbringend beschäftigt werden können [230]. Zwar dürfte insoweit lediglich ein mittelbarer Schaden vorliegen, aber was unter mittelbarem Schaden i.S.d. Art. 208 Abs. 3 OR [231], der Art. 195 Abs. 2 OR entspricht zu verstehen ist, ist nicht ganz eindeutig. Art. 208 Abs. 3 OR wird wohl nunmehr so verstanden, daß von ihm aller nicht unmittelbarer Schaden i.S.d. Art. 208 Abs. 2 OR erfaßt wird, also das mittelbare negative Interesse und auch das positive Interesse [232].

---

221) vgl. Oser/Schönenberger Art. 195 Rdnr.7
222) vgl. Oser/Schönenberger Art. 195 Rdnr.7
223) BG v. 21.1.98 BGE 24 II 62(70) Fracht u. Zoll
BG v. 10.11.00 BGE 26 II 739(749) Fracht und Zoll
BG v. 27.11.08 BGE 34 II 701(709) frais de transport et de douane; BG v. 19.1.88 ZBJV 24,348 ff
224) HG Zürich v. 6.12.01 BlZR 1,65 Nr.51 Abladekosten, Lagerkosten
225) Guhl § 42 IV a S.337
226) BG v. 21.1.98 BGE 24 II 62(70)
BG v. 27.11.08 BGE 34 II 701(709)
227) Becker Art. 208 Rdnr.5; Oser/Schönenberger Art.195 Rdnr.7, vgl. aber Rdnr. 8
228) Becker Art. 208 Rdnr. 5
229) Becker Art. 208 Rdnr.5; vgl. aber BG v. 10.11.00 BGE 26 II 739(750); richtig BG v. 21.1.98 BGE 24 II 62(70) vgl. aber 71
230) Becker Art. 208 Rdnr. 5
231) vgl. dazu v.Tuhr SJZ 18(1921/22) 365 ff
BG v. 22.2.21 BGE 47 II 82(85 f) Kursverlust
232) vgl. Becker Art. 205 Rdnr. 6, Art.195 Rdnr.2; Oser/Schönenberger Art.195 Rdnr.8;
BG v. 21.1.98 BGE 24 II 62(70);
BG v. 10.11.00 BGE 26 II 739(750)

C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Betrachtung

Aus den bewußt kurz gehaltenen Länderberichten betreffend das österreichische und schweizerische Recht über die Abwicklung der Wandlung beim Kauf ergeben sich im Hinblick auf das deutsche Recht im wesentlichen Übereinstimmungen, obwohl das österreichische Recht bei der Rückabwicklung Bereicherungsregeln anwendet und das schweizerische Recht in Art. 208 Abs. 2 und 3 OR eine auf den ersten Blick abweichende Regelung trifft.

Während hinsichtlich der Hauptpflichten bei der Wandlung - Rückerstattung der Kaufsache gegen Herausgabe des Kaufpreises - Übereinstimmung besteht, ergeben sich Abweichungen bei den Nebenansprüchen aus Wandlung, die ihre Ursache in der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung haben. Die Abweichung im österreichischen Recht, nämlich daß das negative Interesse auch im bescheidenen Umfange nicht ersetzt wird, beruht auf einer fehlenden Sondervorschrift für den Umfang der Rückabwicklungsansprüche und darauf, daß man entgegen dem mit der Wandlung als Recht des Käufers verfolgten Ziel der Wiederherstellung des Zustandes vor der Leistung jedenfalls auf Seiten des Käufers es bei der Bereicherungshaftung bewenden läßt. Das deutsche Recht mit der Vorschrift des § 467 S.2 BGB und der Abkehr von dem Gedanken eines bereicherungsrechtlichen Ausgleichs durch das Rückabwicklungsschuldverhältnis auch bei Wandlung schützt die Belange des Käufers entschieden angemessener.

Das schweizerische Recht geht demgegenüber über das deutsche Recht hinaus und gewährt, ohne daß es auf ein Verschulden des Verkäufers ankommt, dem Käufer einen Anspruch auf das gesamte unmittelbare negative Interesse und gibt für weitere Schäden einen vom Verschulden abhängigen Schadenersatzanspruch, und zwar mit der Erleichterung, daß dieser Schadenersatzanspruch gegeben ist, wenn sich der Verkäufer nicht exkulpieren kann. Diese Regelung des schweizerischen Rechts wird verständlich unter dem Gesichtspunkt, daß Art. 205 OR im Gegensatz zu § 462 BGB nur die Wahl zwischen Wandlung und Minderung kennt, nicht aber auch Schadenersatz.

4. Abschnitt

Der Umfang der Rückgewährpflichten bei der Wandlung von Werklieferungsverträgen i.S.d. § 651 Abs. 1 BGB

A. Deutsches Recht

Vorbemerkung

Unter der Überschrift Werklieferungsvertrag finden sich in § 651 BGB drei Formen: Lieferungskauf, Liefervertrag (Herstellung vertretbarer Sachen), Werklieferungsvertrag i.e.S. (Herstellung unvertretbarer Sachen) sowie Vertrag über eine Werkleistung unter Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen. Alle drei stehen zwischen dem "reinen" Kauf und dem "reinen" Werkvertrag. Da es sich bei den Werklieferungsverträgen des § 651 Abs. 1 BGB um Verträge handelt,bei denen wie beim Kauf die hergestellten Sachen durch Einigung und Übergabe übertragen werden und deswegen die Verwandtschaft zum Kauf besonders deutlich ist, ist es angebracht, die Wandlung dieser Verträge der Erörterung der Rückgewährpflichten beim Kauf anzuschließen. Zwar hat auch der auf eine Werkleistung gerichtete Vertrag, bei dem der Unternehmer Zutaten oder andere Nebensachen beisteuert (§ 651 Abs. 2 BGB) kaufähnliche Elemente - Lieferung der zu verarbeitenden Sachen - steht aber doch dem Kaufvertrag deswegen fern, weil die Gegenstände nicht im Wege der Einigung und Übergabe zu Eigentum übertragen werden, sondern kraft Gesetzes durch Verbindung oder Vermischung übergehen. Im Vordergrund steht nämlich die Werkleistung. Das läßt sich graphisch so darstellen:

Werklieferungsvertrag (§ 651 Abs. 1 BGB)

Kauf - Lieferungskauf - eigentlicher Werklieferungsvertrag - Werkvertrag (§ 631 BGB) - Werkvertrag i.w.S. (§ 651 II),

oder von den Vertragspflichten aus gesehen:

Einigung und Übergabe/Herstellungs-Einigung und Übergabe/ Ausnahmen: Grundstückskauf und Verträge über Hausbau auf vom Unternehmer zu beschaffendem Grundstück mit anschliessender Eigentumsübertragung, hier gelten Einigung (Auflassung) und Eintragung Herstellung am bestellereigenen Stoff/Herstellung am bestellereigenen Stoff unter Lieferung von Nebensachen.

Der Werkvertrag i.w.S. (§ 651 Abs. 2 BGB) wird daher im Anschluß an den Werkvertrag behandelt werden. Auf diese Weise wird eine Brücke vom Kauf zum Werkvertrag i.w.S. geschlagen.

I. Der Lieferungskauf (§ 651 Abs. 1 S.2 1.Halbs.BGB)

Der Lieferungskauf über die Herstellung vertretbarer Sachen ist am engsten mit dem Kauf verwandt. Weil die Lieferpflicht gegenüber der Herstellungspflicht überwiegt, wird der Lieferungskauf vielfach als Kauf angesehen [1]. Nach anderer Ansicht ist er eine Mischung von Kauf- und Werkvertrag [2], die Herstellung der Sache also Vertragsinhalt. Es liegt deswegen kein reiner Kauf vor, weil eine Herstellungspflicht des Verkäufers besteht [3]. Ist die Herstellungspflicht dagegen nicht Vertragsgegenstand, liegt i.d.R. reiner Kauf nach §§ 433 ff BGB vor [4]. Bei katalogmäßigen allgemein gangbaren Waren wie Einrichtungsgegenständen und Lebensmitteln kann es dem Unternehmer auch freistehen, die geschuldeten Sachen erst herzustellen oder bereits hergestellte zu liefern. Dann besteht keine Herstellungsverpflichtung, weil die Herstellung durch die Lieferung einer fertigen Sache ersetzbar ist. Die Vereinbarung der Neuherstellung ist dann nur Zusage einer Eigenschaft. Den gegenüber der Lieferpflicht in den Hintergrund tretenden werkvertraglichen Elementen trägt das Gesetz Rechnung, indem es die Regeln des Kaufs uneingeschränkt gelten läßt (§ 651 Abs. 1 S.2 1. Halbs.BGB), also für die Wandlung des Liefervertrages §§ 465, 467 S.1 i.V.m. §§ 346 ff, 467 S.2 BGB für anwendbar erklärt.

Für die Durchführung der Wandlung gelten die gleichen Grundsätze wie beim "reinen" Kauf. Besonderheiten ergeben sich insoweit nicht; es ist daher auf die betreffenden Ausführungen zu verweisen [5].

---

1) Enneccerus/Lehmann § 156 I S.663 f; Larenz II § 53 IV S. 243 f
2) Planck/Oegg § 651 Anm.3
3) Oertmann DJZ 1914, 278; Nemes DJZ 1914, 562
4) Palandt/Thomas § 651 Anm. 1,2
5) vgl. oben S. 52 ff
vgl. aus der (spärlichen) Rechtsprechung zur Wandlung von Lieferungsverträgen:
OLG Karlsruhe v. 11.7.01 OLG 4,41 betr. Vertrag über die Anfertigung eines Weinfasses;
KG v. 9.10.08 OLG 17,428 Liefervertrag über eine Dreschmaschine;
OLG Dresden v. 10.2.03 SächsArch 13(1903) 626 ff betr. Wandlung eines Vertrages über die Anfertigung von Möbeln "aus Anlaß" der "Verheiratung" des Bestellers als vertretbare Sachen wegen der vom Besteller vorgenommenen Auswahl aus "allgemein gangbaren Arten".

II. Der Werklieferungsvertrag im eigentlichen Sinne (§ 651 Abs. 1 S.2 2.Alt.BGB)

Beim eigentlichen Werklieferungsvertrag ist die Herstellung unvertretbarer Sachen Gegenstand des Vertrages. Unvertretbar sind solche Sachen, die durch die Art ihrer Herstellung den Bestellerwünschen angepaßt und für den Unternehmer schwer oder gar nicht anderweitig absetzbar sind [6], sowie unbewegliche Sachen [7]. Wegen der vom Gesetzgeber erkannten Mischform des Werklieferungsvertrages i.e.S. hat der Unternehmer, da die unvertretbare Sache dem Besteller zu Eigentum übertragen werden soll, nach Kaufrecht die Sache zu übereignen und für Rechtsmängel zu haften [8], während sich die Herstellungs- und Abnahmepflicht [9] - das werkvertragliche Element des WLV i.e.S - , Vergütung, Haftung für Mängel [10] u.a. nach Werkvertragsrecht richten [11].

Ein Werklieferungsvertrag i.e.S. liegt aber nur so lange vor als das Fertiggestellte dem Besteller übereignet werden soll und kann. Das ergibt sich aus der Nichtanwendbarkeit der §§ 647,648 (§ 651 Abs. 1) BGB. Denn die herzustellende Sache gehört, wenn es sich um einen Werklieferungsvertrag i.e.S. handeln soll, nach der Konstruktion des Gesetzes bis zur Fertigstellung und Ablieferung dem Unternehmer [12]. Die §§ 647,648 BGB sind nur für die Fälle gedacht, in denen das Eigentum an dem Werk kraft Gesetzes auf den Besteller übergeht (§§ 651 Abs. 2,946,947 Abs. 2 BGB). Ob aber im Einzelfall noch ein Werklieferungsvertrag i.e.S. oder wegen des gesetzlichen Eigentumsüberganges ein Vertrag i.D.d. § 651 Abs. 2 BGB vorliegt, der als Werkvertrag anzusehen ist, kann für die Wandlung dahinstehen, weil insoweit auf jeden Fall Werkvertragsrecht anzuwenden ist, mithin § 634 Abs. 4 BGB mit seiner Weiterverweisung auf das Kaufrecht. Die vorgenommene Einordnung der Bei-

---

6) Palandt/Thomas § 651 Anm.3;vgl.z.B. BGH v.31.1.66 MDR 1966,496 Werbefilm; BGH v.29.9.66 NJW 1966,2307 Reiseprospekte;BGH v.18.1.73 Sch-F Z 3.12 Bl.69 ff "automatische Dehnungsmeßanlage"

7) Der Unternehmer hat ein Haus auf einem von ihm zu beschaffenden Grundstück zu bauen und dann das bebaute Grundstück zu Eigentum zu übertragen: RG v. 12.11.18 RGZ 94,126 ff bestätigt von BGH v. 12.12.68 B 1969,346=WPM 1969,269=LM § 459 Nr.20

8) vgl. Palandt/Thomas § 651 Anm.3a

9) RG v. 26.8.43 DR 1944,33

10) BGH v. 31.1.66 MDR 1966,496

11) vgl. Palandt/Thomas § 651 Anm. 3 b

12) BGH wie Fn. 7

spiele ist daher nicht als abschließende anzusehen.

Ausgangsbeispiel:
Der Besteller läßt eine Ölpresse anfertigen [13].

Stellt sich heraus, daß die vom Unternehmer hergestellte Sache fehlerhaft ist, so ergeben sich bei Wandlung des Vertrages [14] folgende Pflichten der Beteiligten:

1. Die Rückgewährpflichten des Bestellers

a) Die Pflicht zur Rückübereignung der hergestellten Sache

Der Besteller hat die vom Hersteller erhaltene Sache zurückzugewähren (§ 651 Abs. 1 S.2 2. Halbs. i.V.m. § 467 S.1 i.V.m. § 346 S.1 BGB). Wie beim Kauf besteht die Rückgewähr i.d.R. in der Rückübereignung der bestellten Sache.

b) Die weiteren Pflichten des Bestellers

Da im Vergleich zum Kauf keine Unterschiede erkennbar sind, kann im übrigen vollinhaltlich auf die Ausführungen beim Kauf verwiesen werden [15].

2. Die Rückgewährpflichten des Herstellers

Auch insoweit kann auf das zum Kauf Gesagte verwiesen werden [16].

Herausgegriffen seien lediglich folgende Punkte:

a) Die Verpflichtung zur Wiederabnahme der hergestellten nicht vertretbaren Sache

Für den Werklieferungsvertrag i.e.S. ist die Abnahmepflicht des § 433 Abs. 2 BGB ersetzt durch die über § 651 Abs. 1 S.2 anwendbare Abnahmepflicht des § 640 BGB.

Der Abnahmebegriff des § 640 BGB ist umstritten [16]. An dieser Stelle braucht auf ihn schon deswegen nicht eingegangen zu werden, weil beim Werklieferungsvertrag i.e.S. zumindest auch die Abnahme in der körperlichen Übernahme der hergestellten Sache liegt, mag damit auch zugleich die hergestellte Sache gebilligt worden sein. Jedenfalls bleibt zu prüfen, ob eine Verpflichtung des Herstellers zur Wiederabnahme der Sache bei der Wandlung eines Werklieferungsvertrages etwa in analoger Anwendung des § 640 BGB besteht.

---

13) RG v. 5.3.26 HRR 1926 Sp.1020=Recht 1926 Nr.1667 S.508

14) vgl. für den Fall des Erwerbs eines Grundstücks mit vom Veräußerer darauf zu errichtendem Bauwerk Hofmann BlGBW 1973,225 ff; BGH v. 16.4.73 BGHZ 60,362(365)=NJW 1973,1237; BGH v. 10.10.74 WPM 1974,1198=MDR 1975,221

15) vgl. oben S. 52 ff

16) vgl. oben S. 73 ff

Das RG hat in der bereits genannten Entscheidung vom 3.5.1910 [17], die sich mit der Wandlung eines Werklieferungsvertrages befaßt, diese Möglichkeit aufgezeigt, aber dahingestellt sein lassen. Es hat ohne Begründung ausgeführt, daß eine Verpflichtung zur Wiederabnahme jedenfalles dann bestehe, wenn der Besteller ein besonderes Interesse an der Wiederabnahme habe, und hat das im konkreten Fall bejaht.

Der Gedanke, daß es eines besonderen Interesses an der Wiederabnahme der hergestellten Sache bedürfe, geht offenbar auf § 326 Abs. 2 oder § 286 Abs. 2 BGB zurück. Aus § 348 BGB, der über §§ 651 Abs. 1 S.2 2.Halbs., 634 Abs. 4,467 S.1 BGB anwendbar ist, ergibt sich im Gegenschluß, daß § 326 BGB nicht gilt, sondern dafür § 354 BGB vorgesehen ist [18]. Nimmt der Hersteller die hergestellte Sache nicht zurück, so gerät er in Verzug, für den aber nicht § 354 BGB, sondern die §§ 283, 286 Abs. 1 und 2 BGB [19], aber auch die §§ 293 ff BGB [20] gelten. Eines besonderen Interesses des Bestellers an der Wiederabnahme bedarf es nicht. Die Wiederabnahmepflicht ergibt sich, wie oben gezeigt [21], aus dem Rückgewährschuldverhältnis. Einer analogen Anwendung des § 640 BGB bedarf es nicht.

In der Rechtsprechung ist den Klaganträgen auf Rücknahme der gelieferten Sache wiederholt stattgegeben worden [22]. Die Urteile besagen nichts über eine

---

17) Warn 3 (1909/1910)Nr.238 S.247 = Gruch 54,938 Nr.72 Recht 1910 Nr. 3336 = JW 1910, 659 Nr. 25

18) Palandt/Heinrichs § 348 Anm.1; RG v. 28.5.18 RGZ 93, 49 lehnt für das gesetzliche Rücktrittsrecht und die Wandlung die Anwendung des § 326 BGB ausdr. ab

19) Palandt/Heinrichs § 354 Anm.1; also Abnahmeverzug, nach anderer Ansicht nur Annahmeverzug

20) HGB-RGRK-Brüggemann § 377 Anm. 65,71 a Annahmeverzug

21) S. 73 ff

22) z.B. RG v. 15.1.37 Warn 29 (1937) Nr.72 S. 166 betr. Verurteilung zur "Rücknahme der Maschine"; RG v. 5.3.26 HHR (JR) 1926 Sp.1020 Nr. 1351 betr. Revision gegen Urteil auf Rücknahme d. gel. Ölpresse RG v. 18.6.18 RGZ 93,158 betr. Revision gegen Urteil auf Rücknahme d. gel. Wasserturbine und Dynamomaschine nebst Zubehör zur Verwendung für eine el. Lichtanlage; vgl. auch RG v. 4.10.12 LZ 7 (1913) Sp.82 f = Recht 1912 Nr. 1278 = JW 1913,27 Nr. 14 betr. Klage auf "Zurücknahme" des auf dem Fabrikgelände befindl. Extraktionsapparat "Automat"; vgl. ferner RG v. 16.09.04 RGZ 58,423 betr. Rücknahme e. maschinellen Anlage u. RG v. 21.12.06 BayZ 1907,172 betr. Rücknahme e. Motorwagens; OLG Dresden v. 5.11.13 SA 70 Nr.239 S.443 betr. Verurteilung zur Rücknahme des gel. "Panzer-Preziosenschrankes"

Wiederabnahmepflicht. Es geht lediglich darum, ob direkt auf Rücknahme geklagt werden kann und daß § 348 BGB Rechnung getragen wird, indem der Besteller seinerseits Rückgewähr durch Antrag auf Rücknahme anbietet. Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der Hersteller auf Grund der Wandlung die hergestellte Sache wieder abzunehmen hat, ohne daß es eines besonderen Interesses des Bestellers an der Wiederabnahme bedarf.

b) Die Verpflichtung zum Ersatz der Erfüllungskosten

Das RG [23] spricht solche Kosten, die nötig sind, um die hergestellte Sache überhaupt zu bekommen (z.B. bei Holschuld) und gebrauchsfertig zu machen (Aufstellung, Montage u.ä.), nämlich im konkreten Fall 261 M an Frachten und Monteurlöhnen aus dem Gesichtspunkt der Aufwendung zu [24]. Entgegen dem RG handelt es sich nicht um Aufwendungen, um die Sache zu erhalten. Die Erfüllungskosten sind aber wie oben ausgeführt [25] im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses vom Wandlungsgegner, dem Hersteller zu tragen.

3. Ergebnis

Hinsichtlich des Umfanges der Rückgewähr bei der Wandlung des Werklieferungsvertrages i.e.S. gilt das zum Kauf Ausgeführte entsprechend. Daraus dürfte sich auch erklären, daß die Rechtsprechung zur Wandlung von Werklieferungsverträgen i.S.d. § 651 Abs. 1 S. 2 2.Alt. BGB nicht sehr umfangreich ist [26].

---

23) RG v. 18.6.18 RGZ 93,158

24) §§ 347,994,651,467; es fehlt: § 634 Abs. 4 BGB

25) S. 83 ff

26) vgl. aus der Rechtsprechung nur:
KG v. 19.2.03 DJZ 1903(8) S.322 Nr.13 betr. farbige "Plakate von bestimmtem Format nach Muster"; OLG Dresden v. 3.6.10 SächsArch 6 (1911) 219 "Kettenstühle"; OLG Stuttgart v. 8.7.10 SA 67 Nr. 3 S.5 "Wagenförderungsanlage, auf welcher die mit Gips beladenen Wagen mittels Maschinenkraft an einem Drahtseil aus dem Bruch geschafft werden sollten"; RG v. 1.11.07 Recht 1907 Nr. 3796 betr. "ein zur Zierde dienendes wertvolles Möbelstück"; RG v. 26.6.08 Soergels Rspr.1908 § 634 Nr. 2 S.208 betr. "Zimmereinrichtung"; RG v. 13.5.10 Recht 1910 Nr.2357 betr. mangelhafte Lieferung einer Kücheneinrichtung; in den gen. Fällen wurde die Wandlung (auf Einrede) zugesprochen; zu den Ansprüchen aus Wandlung im einzelnen ist nichts gesagt.

B. Ausländisches Recht

Da das österreichische und das schweizerische Recht den Lieferungskauf des deutschen Rechts dem Kaufrecht [27] und den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache des deutschen Rechts dem Werkvertragsrecht [28] unterstellen, gilt, was die Durchführung der Wandlung, die Ansprüche bei Wandlung anbelangt, das zur Wandlung des Kaufvertrages [29] und Werkvertrages [30] Ausgeführte entsprechend.

C. Zusammenfassung

Die Unterstellung des Werklieferungsvertrages i.e.S. unter die meisten Werkvertragsregeln, insbesondere, daß primär Nachbesserung geschuldet wird, bezweckt, nach Möglichkeit den Vertrag einer ordnungsgemäßen Erfüllung zuzuführen und dient dem Schutz des Herstellers, der eine zurückgenommene für die individuellen Bedürfnisse des Bestellers hergestellte Sache nicht ohne weiteres anderweitig wirtschaftlich verwenden kann. Dessen bedarf es in den beiden anderen betrachteten Rechten nicht, weil insoweit Werkverträge vorliegen, also auch die Mängelhaftung, die Gewährleistungsansprüche sich nach Werkvertragsrecht richten.

---

27) für das österreichische Recht vgl. nur § 1166 ABGB und seine Auslegung: Gschnitzer BT § 25 A II 2 S.89 f für das schweizerische Recht vgl. nur Guhl § 41 I a S.295

28) für das österreichische Recht vgl. nur § 1166 ABGB und seine Auslegung:Gschnitzer BT § 25 A II 2 S.89 f für das schweizerische Recht vgl. nur Guhl § 47 I b S. 420

29) vgl. oben S.90 ff

30) vgl. unten S.234 ff

5. Abschnitt

Die Durchführung der Wandlung von Werkverträgen

A. Deutsches Recht

Vorbemerkung

Während beim Kaufvertrag und beim Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651 Abs. 1 BGB abgesehen von der Frage der Rückgewähr der erbrachten Leistungen die Nebenpflichten und -ansprüche aus Wandlung im Vordergrund stehen, geht es bei der Wandlung von Werkverträgen in erster Linie um die Rückgewähr der erbrachten Werkleistung, wohingegen hinsichtlich der Nebenansprüche weitgehend auf das Kaufrecht verwiesen werden kann. Um das deutlich zu machen, ist als Überschrift "Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen" gewählt worden.

Zunächst wird die Wandlung beim "reinen" Werkvertrag besprochen und dann auf die Wandlung beim Werkvertrag i.w.S. (§ 651 Abs.2 BGB) eingegangen.

Es gibt Werkverträge körperlicher (materieller) und unkörperlicher (immaterieller) Art. Die Bestimmungen des Werkvertragsrechts sind ersichtlich auf materielle Werkleistungen zugeschnitten [1]. Von ihnen soll daher zunächst hinsichtlich der Durchführung der Wandlung die Rede sein.

I. Die Durchführung der Wandlung beim materiellen Werkvertrag

Unter einem Werkvertrag über materielle Werke sind Reparaturarbeiten und andere Arbeiten an körperlichen Stoffen des Bestellers zu verstehen. Die etwa erforderlichen Materialien werden ebenfalls vom Besteller zur Verfügung gestellt.

Ausgangsbeispiele:
Gruppe a Arbeiten ohne Eingriff in die Substanz der Stoffe

Herstellung eines Pokals mit bestimmten Merkmalen aus gestelltem Silber,
Verarbeitung von vorbereiteten Brettern zu Regalen.

Gruppe b Arbeiten mit Eingriff in die Substanz der Stoffe

Fertigung eines Anzuges aus Stoffen und Zutaten des Bestellers
Einbinden eines Buches

Der allgemeine Grundsatz der Wandlung beim Werkvertrag ist entsprechend der Wandlung beim Kaufvertrag wie folgt zu formulieren:

Rücknahme des Werkes gegen Rückzahlung des Werklohnes

---

1) vgl. Rümelin S. 203

im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses unter Berücksichtigung des Grundprinzips der Wandlung, in erster Linie den Wandlungsberechtigten, den Besteller zu schützen.

Bedeutet dieser Grundsatz, daß der Besteller das fehlerhafte Werk, bestehend aus bestellereigenem Stoff und unternehmerischer Arbeit dem Unternehmer herauszugeben hat?

Das ist nunmehr im einzelnen zu untersuchen.

1. Die Pflichten des Werkbestellers

a) Die Verpflichtung des Werkbestellers zur "Rückgewähr" des fehlerhaften Werkes

Der Besteller hat nach der in § 634 Abs. 4 BGB vorgesehenen Anwendung der §§ 467 S.1, 346 S.1 BGB das Werk "zurückzugewähren". Das stellt sich auf den ersten Blick so dar, als ob er das Werk, also seinen Stoff mehr oder weniger verändert durch die Arbeit des Unternehmers zur Verfügung zu stellen hätte. Nun ist allerdings zu beachten, daß einmal nur eine entsprechende Anwendung der §§ 467 S.1,346 ff BGB vorgesehen ist, und zum anderen der Unternehmer lediglich Arbeit geleistet hat, nicht aber eine Sache wie beim Kauf. Für die Frage, was zurückzugewähren ist, ist zunächst von Bedeutung, ob der Unternehmer (gemäß § 950 BGB) Eigentümer der von ihm durch Werkleistung geänderten beweglichen Sache des Bestellers geworden ist. Ist das der Fall, so ließe sich denken, daß die veränderte Sache im Falle der Wandlung dem Unternehmer verbleibt und der Besteller auf einen Ausgleich in Geld verwiesen wird.

aa) Der Verbleib des Eigentums an dem Werkstoff beim Werkbesteller trotz Be- oder Verarbeitung durch den Unternehmer

Es ist allgemein anerkannt, daß der Besteller Eigentümer des von ihm zur Werkherstellung dem Unternehmer überlassenen Stoffes bleibt, wenn eine Be- oder Verarbeitung des Stoffes durch den Unternehmer stattfindet, weil Hersteller i.S.d. § 950 BGB nicht der Unternehmer, sondern der Besteller ist. Hersteller ist der, der dem Sinn des § 950 BGB nach Zurechnungsobjekt der Verarbeitung ist. Dabei ist im Falle des Werkvertrages das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Beteiligten zu beachten [2].

2) Westermann § 53 III 2 d S.259

Bringt E einen Stoff zum Schneider S, der einen Anzug für ihn machen soll, so läuft E Gefahr, daß der von ihm gelieferte Stoff dem Zugriff der Gläubiger des S unterliegt, wenn S Eigentümer wird. Ist dagegen E zahlungsunfähig, so hat S bei Gültigkeit des Vertrages einen Anspruch aus § 647 BGB, bei Ungültigkeit dagegen aus §§ 994 ff BGB, jedenfalls aus ungerechtfertigter Bereicherung [3].

Danach ist es angebracht, daß der Besteller Eigentümer des von ihm gelieferten Stoffs in seiner durch die Werkleistung veränderten Gestalt bleibt. Wie beim Werkvertrag der Verbleib des Eigentums beim Besteller zu begründen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Der BGH [4] stellt auf die Verkehrsanschauung ab. Richtig ist es, die Fremdwirkung, das heißt, die Wirkung der Verarbeitung trifft den Besteller - er erwirbt das Eigentum - mit Westermann [5] davon abhängig zu machen, ob erstens ein Besteller Anlaß zur Umarbeitung gegeben hat (gültiger Vertrag ist nicht erforderlich) und daß zweitens nach der Absicht der Beteiligten der Besteller das Risiko des hergestellten Wertes der Sache (zu unterscheiden von der Gefahr des Herstellungsvorganges) zu tragen hat [6]. Im Interesse des Unternehmers ist es, auch die Stellung des Hauptstoffes durch den Besteller zu fordern [7].
Dergleichen Verarbeiter sind z.B. die in § 1 Abs. 2 Zf 2 HGB genannten Handelsgewerbe: also z.B. Reparaturbetriebe für Fahrzeuge, Maschinen, Hausrat, Kleidung usw., Färbereien, Reinigungen, soweit sie nicht handwerksmäßig betrieben werden.
Es ist also festzuhalten, daß der Besteller Eigentümer des gelieferten Stoffes in der Gestalt der Be- oder Verarbeitung bleibt.

bb) Die "Rückgewähr" des Werkes am bestellereigenen Stoff

Das Rückabwicklungsschuldverhältnis infolge der Wandlung des Werkvertrages hat die Wiederherstellung des Zustandes zum Ziel, der vorhanden war, ehe die Leistungen auf Grund des Vertrages erbracht wurden.

---

3) Beispiel von Westermann aaO
4) BGH v. 28.6.52 BGHZ 14,114 (117);
BGH v. 3.3.56 BGHZ 20,159 (163)
5) § 53 III 2 d
6) davon wird noch die Rede sein, vgl. unten S. 109
7) str.; die Gegenansicht hilft mit §§ 647,994 ff BGB

Stellt der Besteller das Werk zur Verfügung, so hat der Unternehmer die Pflicht, es wieder zurückzunehmen. Hat der Unternehmer lediglich an bestellereigenem Stoff seine Werkleistung erbracht, so ist fraglich, in welcher Weise die Herstellung des Zustandes vor der Leistung erreicht werden kann. Dabei ist zu beachten, daß der durch die Werkleistung veränderte Stoff nach wie vor im Eigentum des Bestellers steht. Ist im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse das Zurückzugewährende nur die Arbeit oder gleichwohl die am bestellereigenen Stoff erkennbar gewordene Tätigkeit, also Arbeit am Stoff = Werk ? Jedenfalls ist ein Weg zu finden, der wenigstens wirtschaftlich gesehen dem Ziel der Wandlung am nächsten kommt.

aaa) Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes durch den Unternehmer im Wege der Umkehr der Leistungspflichten in Rücknahmepflichten

Geht man davon aus, daß sich durch die Wandlung die Leistungspflichten in ihr Gegenteil verkehren, so liegt der Gedanke nicht fern, daß die Rückgewähr beim Werkvertrag durch Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes des Stoffes durch den Unternehmer auf seine Kosten erfolgt; der Zustand des Stoffes vor der Bearbeitung wird dadurch erreicht, daß gewissermaßen die Rücknahme der Leistung des Unternehmers durch eine erneute Leistung erfolgt.

Eine derartige Verpflichtung würde weiterhelfen in den Beispielen der Gruppe a. Bei ihnen ist die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes durch Entfaltung erneuter Tätigkeit möglich: Das Silber kann wieder eingeschmolzen werden, die Regale können auseinandergenommen werden.

In den Fällen der Gruppe b ist eine derartige Wiederherstellung nicht möglich: Ist der bestellte Maßanzug nicht passend und nicht nachbesserbar, ist der bestellereigene Stoff verschnitten. Für diese Fälle ist der angesprochene Weg schon aus tatsächlichen Gründen nicht gangbar.

Immerhin bleibt zu erwägen, ob nicht wenigstens für die Fälle der Gruppe a eine derartige Verpflichtung anzunehmen ist.

Der Vergleich der Auswirkungen des Grundsatzes der

Umkehr der Leistungspflichten beim Kauf und beim Werkvertrag ergibt folgende Unterschiede:
Bei der Wandlung des Kaufvertrages ist eine fehlerhafte Sache zurückzunehmen. Die Kaufsache, die Gegenstand des Vertrages war, verbleibt im Falle der Wandlung dem Verkäufer. Wirtschaftlich gesehen gelangt an ihn der Vertragsgegenstand zurück zur weiteren Verwendung. Beim "reinen" Werkvertrag ist dagegen nicht eine fehlerhafte Sache zurückzunehmen, die dann dem Unternehmer als wirtschaftlicher Wert verbleibt, sondern es handelt sich um die Rücknahme einer Tätigkeit an einem bestellereigenen Stoff, die zu einem fehlerhaften Werk, einem anderen als den ausbedungenen Erfolg geführt hat. Dem Unternehmer bleibt wirtschaftlich gesehen nichts, muß er durch erneute Leistungen den ursprünglichen Zustand des Stoffes wiederherstellen; im Gegenteil: Er erhält nichts für seine Werkleistung und muß überdies weitere Aufwendungen machen. Geleistete Arbeit als solche ist nicht rückgewährbar. Der Grundsatz der Rücknahmepflicht ist demnach nur auf Sachen, nicht aber auf geleistete Arbeit anwendbar. Zwar kann der Besteller das Werk - Stoff und Arbeit - zur Wegnahme der Arbeit zur Verfügung stellen; der Unternehmer kann das Werk, soweit es seine Tätigkeit betrifft, nicht wieder an sich nehmen. Die Verkehrung der Vertragspflichten von gestaltenden, auf Erfüllung gerichteten, in destruktive, auf Rückabwicklung gerichtete ist auf den Charakter des Kaufs als Warenumsatzgeschäft zugeschnitten. Ihre Übertragung auf den "reinen" Werkvertrag erscheint deswegen als unangemessen, weil dem Unternehmer dadurch kein wirtschaftlicher Wert zugeführt wird: Wird die Verpflichtung, Blei zu bestimmten Formen zu gießen, umgewandelt in eine Verpflichtung, die fehlerhaften Formen wieder einzuschmelzen, so hat der Unternehmer damit sein fehlerhaftes Werk wirtschaftlich nicht wieder erlangt, sondern lediglich den Zustand vor der Leistung hergestellt. Nun ließe sich in Hinblick darauf, daß der Unternehmer wegen der Fehlerhaftigkeit des Werkes, für die er einzustehen hat, daran denken, daß er auch derartige Folgen der Wandlung in Kauf zu nehmen hat.

Es ist aber § 346 S.1 BGB zu beachten, nämlich daß jede Partei die von ihr erbrachten Leistungen zurückerhält, was nur so zu verstehen ist, daß auch dem Wandlungsgegner am Ende real seine Leistung wieder zufällt, mag er auch im Rahmen der Rücknahme Kosten aufzuwenden haben, die den Wert der zurückgenommenen Leistung übersteigen und mag die Leistung am Ende gar nichts wert sein. In dem Moment, in dem der Wandlungsgegner durch Rücknahme real nichts erhält, wird die Grenze zum Schadenersatz überschritten, den zu leisten der Wandlungsgegner nicht verpflichtet ist, wenn die "Rückleistung" ausschließlich zur Wiederherstellung des Zustandes vor der Leistung führt. In den Fällen der Gruppe a würde der Unternehmer trotz erneuter Leistung nichts zurückerhalten. Die geleistete Arbeit kann der Unternehmer nicht zurücknehmen.
Hinzukommt, daß auch dem Besteller in vielen Fällen eine derartige Verpflichtung nichts nützen würde. Was soll die Wiedereinschmelzung der fehlerhaft gegossenen Bleifiguren und die Herausgabe des Bleis an den Besteller?
Im übrigen läßt sich der Gedanke der §§ 644, 645 BGB insofern fruchtbar machen, als davon auszugehen ist, daß der Besteller, solange den Unternehmer kein Verschulden trifft, Veränderungen an dem von ihm zur Verfügung gestellten Stoff hinzunehmen hat. Die in § 644 Abs. 1 S.3 BGB enthaltene konkrete Ausprägung des allgemeinen Satzes casum sentit dominus, jeder Eigentümer trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs oder sonstigen Schadens an der Sache selbst, ist für den Bereich der Wandlung dahin zu erweitern,daß der Besteller die etwaigen Nachteile, die durch die fehlerhafte Bearbeitung seines Stoffes entstehen, selbst zu tragen hat. Der Besteller trägt das Risiko des Wertes des Stoffes und der Unternehmer die Gefahr der Herstellung des Werkes.
Aus dem Vorstehenden folgt, daß die Umwandlungslehre unter dem Gesichtspunkt der Umkehr der Leistungspflichten bei der Durchführung der Wandlung beim "reinen" Werkvertrag nicht weiterhilft.
Ist die Rückgewähr durch "Rückleistung" nicht möglich, das Zurverfügungstellen der Werkleistung vermag zur

Rücknahme der Werkleistung nicht zu führen, die Rücknahme der Werkleistung, der Arbeitsleistung "in Natur" nicht möglich, so muß eine andere Lösung für die Rückgewähr der Werkleistung an den Unternehmer gefunden werden.

bbb) Übergabe des veränderten Stoffes (Stoff + Arbeit) an den Unternehmer gegen Wertersatz an den Besteller - Ankaufszwang -

Insbesondere bei den Werken der Fallgruppe b, bei denen die fehlerhafte Bearbeitung dazu geführt hat, daß der Stoff irreparabel verändert, häufig verdorben worden ist (der Stoff ist verschnitten), könnte sich die Rückgewähr der Leistung an den Unternehmer dadurch ermöglichen lassen, daß der Besteller sie zurückgewährt, indem er den fehlerhaft bearbeiteten Stoff dem Unternehmer zur Verfügung stellt.

Die Überlassung des mangelhaften Werkes an den Unternehmer ist dem Besteller entgegen Oertmann [8] nicht generell unzumutbar. Zwar würde der Besteller nicht nur die Arbeit als solche zurückweisen, sondern auch den ihm gehörenden Stoff preisgeben müssen. In den Fällen, in denen der Stoff durch fehlerhafte Erstellung des Werkes verdorben ist, würde der Besteller von einem u.U. wertlos gewordenen Stoff befreit, hätte allerdings den Wert des Stoffes durch die mangelhafte Bearbeitung verloren. Das gleiche gälte, wenn der Stoff noch etwas wert war. Man könnte also sagen, daß die Rückgewähr durch Überlassung des Stoffes, an dem sich das fehlerhafte Werk zeigt, möglich ist. Daß der Besteller dadurch einen u.U. trotz fehlerhafter Bearbeitung noch einen Wert repräsentierenden Stoff, jedenfalls den Wert des Stoffes verliert, ist allerdings unzumutbar. Dieser Nachteil könnte aber dadurch ausgeglichen werden, daß man dem Besteller einen Anspruch auf Ersatz des Stoffes oder des Wertes des Stoffes, jedenfalls aber des Wertes des Stoffes nach der Bearbeitung gibt.

In der Tat finden sich im Preußischen Allgemeinen Landrecht (ALR) 2 Bestimmungen, die in diese Richtung weisen. Nach I 11 § 949 ALR kann der Besteller in allen Fällen, in denen er wegen Mangelhaftigkeit des Werkes zur Abnahme nicht verpflichtet war, für die

---

8) Recht 1920 Sp. 155 oben

von ihm dazu gelieferten Materialien nach eigener Wahl Ersatz in gleicher Quantität und Qualität oder aber Vergütung des Wertes verlangen. In § 950 ist für den Fall, daß der Besteller Wertersatz wählt, ausgesprochen, daß ihm der Selbstkostenpreis zu erstatten ist, wenn er die Materialien selbst gekauft hat, in allen anderen Fällen aber der Wert der Materialien zur Zeit der Ablieferung an den Unternehmer zu ersetzen ist [9].

Der Wortlaut dieser Bestimmungen ist beim unbefangenen Lesen dahin zu verstehen, daß der Besteller dem Unternehmer den gelieferten Stoff wegen vertragswidriger Behandlung "aufzwingen" kann, der Unternehmer

---

9) Im ALR werden beim Werkvertrag zwei Hauptabschnitte unterschieden: Die Zeit vom Vertragsabschluß bis zu seiner Erfüllung durch Ablieferung und Abnahme des Werkes und die Zeit nach der Abnahme. Erkennt der Besteller das Werk als fehlerhaft, so hat er ein Wahlrecht (§ 947): er kann vom Vertrage "abgehen", d.h. zurücktreten, und "also die Annahme verweigern" oder "Schadloshaltung wegen der bemerkten Fehler fordern". Das Rücktrittsrecht ist nur wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften, zu denen bei Prachtwerken auch Schönheit der Gestalt und Form gehört (§§ 952, 953), und wegen des Mangels solcher stillschweigend vorausgesetzter Eigenschaften gegeben, die einen wesentlichen Einfluß auf den Gebrauch der Sache haben (§ 951). Mit dem Rücktritt wird die Herstellung des früheren Zustandes angestrebt, "also eine Rückgabe soweit sie möglich, eine Wertherstellung soweit sie nicht mehr möglich" (Rocholl S.49). Die Rechte des Bestellers nach Abnahme des Werkes waren unter Geltung des ALR streitig. Die Wandlung wurde, obwohl in den §§ 925 ff nicht erwähnt, nicht prinzipiell ausgeschlossen, wenn auch ihr Anwendungsbereich gegenüber dem beim Kauf (I 11 §§ 193 ff) eingeschränkt wurde (Rocholl S.50 m.w.N.; Frisch S.16 m.w.N. in Fn.4). Die Wandlung wurde für zulässig gehalten, wenn verborgene, nicht offenkundige Fehler sich nach der Annahme herausstellten, wenn sie an sich geeignet gewesen wären, die Annahmeverweigerung zu rechtfertigen (Rocholl S.53; RG 13.1.82 Gruch 26,967 Nr.100(Beilagenheft);RG v. 4.10.81 Gruch 26,967 Nr.101(Beilagenheft)). In ihren Auswirkungen wurden Rücktritt und Wandlung im preußischen Recht gleichbehandelt (Rocholl S.55 m.N.).

den Stoff somit zwangsweise kaufen muß [10].

Für den Bereich des BGB ist soweit ersichtlich lediglich von Boethke [11] im Anschluß an § 949 ALR die Lösung vertreten worden, daß der Besteller berechtigt ist, im Falle der Wandlung eines Vertrages über ein Werk am bestellereigenen Stoff gegen Hergabe des Werkes einen gleichen Stoff oder aber Ersatz des Wertes des Stoffes vom Unternehmer zu verlangen, wenn ihm, wie in den meisten Fällen mit dem verdorbenen Stoff nicht gedient ist. Aus dem Eigentum des Bestellers an dem Stoff könne nicht geschlossen werden, daß der Unternehmer bei der Wandlung die geleistete Arbeit dem Besteller umsonst überlassen müsse. Deshalb sei dem Unternehmer zu gestatten, das Werk gegen Ersatz des Stoffes oder dessen Wertes zu behalten.

Ausgangspunkt für Boethke ist die Frage, wie es sich mit der Rückgabe des vom Besteller gelieferten Stoffes verhält, den der Unternehmer nicht mehr so, wie er ihn erhalten hat, zurückgeben kann. Auch das ist eine Fragestellung im Anschluß an das ALR. In I 5 § 327 ALR ist für den Fall des Abgehens vom Vertrage wegen fehlender vorbedungener Eigenschaften ausgesprochen, daß der Zurücktretende die Sache in dem Stande, in dem er sie

---

10) so in der Tat offenbar Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 200 S.587 Fn.12 (anders Fn.14, in der er die Wandlung bei Bearbeitung von Sachen überhaupt ausschließt, und Fn.15 (S.588), in der er Rücktritt und Wandlung bei Reparaturarbeiten überhaupt ausschließt); vor allem Boethke Gruch 45(1901)719;vgl. OLG Leitmeritz, Vorinstanz zu RG v.24.2.43 RGZ 171,15(16 f) zum österreichischen Recht betr. fehlerhaften Bau auf bestellereigenem Grundstück: Das OLG verpflichtet den Bauherrn, das bebaute Grundstück Zug um Zug gegen Rückzahlung des Werklohnes und Zahlung von Schadenersatz an den Bauherrn zu einem bestimmten Preis zu verkaufen; vgl. dazu unten S. 244

11) Gruch 45 (1901)719; allerdings stellt Simon S.42 darauf ab, daß sich die Wandlung im praktischen Leben in der Weise vollziehe, daß der Unternehmer im Einverständnis des Bestellers die Veräußerung des fehlerhaften Werkes übernehme. Der Unternehmer könne den Kaufpreis behalten, müsse dem Besteller aber einen neuen Stoff verschaffen oder den Wert des Stoffes ersetzen. Das beruht aber auf einer vertraglichen Vereinbarung über die Art der Rückgewähr, die stets zulässig ist, da die §§ 346 ff BGB insoweit dispositiv sind, RG v. 28.4.03 RGZ 54,340(341), Palandt/Heinrichs vor § 346 Anm. 1

erhalten hat, zurückgeben muß, hat aber grundsätzlich mit dem Rücktritt oder der Wandlung in dem hier behandelten Fall einer Arbeit an bestellereigenen Stoffen nichts zu tun, weil Leistung und Gegenleistung nicht die "Übernahme einer Sache" des Schuldners, sondern die Vornahme von Arbeit an Stoffen des Bestellers ist. Daher ist dieser Ausgangspunkt für das BGB unzutreffend; der Lösungsversuch behält aber seinen Wert insofern als es um die Rückgabe des Werkes geht.

Nun war allerdings die Auslegung des § 949 in der Rechtsprechung der Zeit ohnehin eine andere:
Das Reichsoberhandelsgericht hatte folgenden Fall zu entscheiden [12]:
Nach dem Vertrag hatte der Unternehmer mehrere Stücke Seidenzeug, die dem Besteller gehörten, umzufärben. Der Besteller trat vom Vertrag zurück und verlangte Erstattung des Wertes der Kleidungsstücke.
Das Gericht verneinte diesen Anspruch:
Aus dem Wortlaut des § 949 "die dazu gelieferten Materialien" sei zu schließen, daß die Materialien zu dem Werke geliefert worden sein müßten. Unter "gelieferten Materialien" habe der Gesetzgeber offenbar nur Gegenstände verstanden, die der Unternehmer bei der Ausführung des Werkes verbraucht oder aber in der Art verwendet habe, daß sie Bestandteile des "Arbeitsproduktes als solchen" bilden, nicht aber die Werksache selbst, also der Gegenstand, an dem das Werk ausgeführt werden sollte [13]. In den Fällen der bloßen Bearbeitung der Sache wie Ausbesserung von Kleidungsstücken, Anstrich von Gebäuden, Polieren von Möbeln, habe das Gesetz den Besteller daher nicht berechtigen wollen, die Werksache selbst dem Unternehmer aufzuzwingen, also zwangsweise zu verkaufen.
Zum konkreten Fall führt das Gericht aus, das Umfärben der Seide sei eine Bearbeitung, die die Seide weder hinsichtlich ihrer Substanz noch ihrer Geltung als Handelsware wesentlich geändert habe. Für den gelieferten Farbstoff freilich würde der Besteller allerdings einen Wertersatz erhalten können [14].

Die Herausgabe des gesamten Werkes gegen Stoff- oder Geldersatz würde zwar häufig den Interessen des Bestellers entsprechen,läßt sich aber mit dem Grundsatz, daß durch die Wandlung der Zustand vor der Leistung wiederhergestellt werden soll, nicht in Übereinstimmung bringen, auch wenn man von dem Gedanken einer Wiederherstellung des wirtschaftlichen Zustandes vor der Leistung abstellt. Denn die Herausgabe

12) v.13.1.74 ROGH 12,208 ff Nr.67
13) aaO S.209
14) aaO S.210; dieser Entscheidung ist die Literatur im allgemeinen gefolgt: vgl. nur Rehbein/Reinecke § 949 Anm. 463 S.629; Koch § 949 Anm. 56 S.973; wohl auch Förster/Eccius § 138 S.285 ff Fn. 93 a ; Rocholl S.47

des Werkes gegen Stoff- oder Geldersatz würde nicht der Rückgewähr von Leistungen entsprechen, sondern ein Mehr bedeuten, nämlich eine Form des Schadenersatzes, ein Natural- oder Geldersatz für eine unbrauchbar gemachte Sache. Die Wandlung beim "reinen" Werkvertrag kann daher nicht durch Herausgabe des Werkes gegen Stoff- oder Geldersatz durchgeführt werden [15]. Vielmehr hat es hinsichtlich des bestellereigenen Stoffes bei dem oben gefundenen Ergebnis [16] zu verbleiben, daß der Besteller im Fall der Wandlung den veränderten möglicherweise unbrauchbaren Stoff behält, ohne mit Erfolg Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes vor der Leistung durch Ersatz des Stoffes oder Geldersatz verlangen zu können,es sei denn, es liegen die Voraussetzungen für Schadenersatz vor. Ist die Durchführung der Wandlung durch Übergabe des Leistungssubstrats des Bestellers an den Unternehmer auch gegen Wertersatz ausgeschlossen [17], ist eine andere Lösung zu suchen.

ccc) Das bestellereigene Werkstück und die fehlerhafte Werkleistung des Unternehmers im Lichte des § 346 S. 2 BGB

Das Werk besteht in den hier behandelten Fällen in Arbeit gerichtet auf einen Erfolg an einem bestellereigenen Werkstück. Als Hauptleistung im Synallagma ist die so bestimmte Arbeit zurückzugewähren. Diese Arbeit kann in Natur nicht zurückgewährt werden, wenn das Werkstück dem Besteller verbleibt. Da der Stoff im Eigentum des Bestellers verbleibt, kann der Unternehmer in den Fällen des "reinen" Werkvertrages nichts "zurücknehmen" mit der Folge, daß eine Übernahme des Werkes, also der Leistung des Unternehmers am bestellereigenen Stoff, durch den Besteller gegen Ausgleich der Werterhöhung am bestellereigenen Stoff vorstellbar ist. Denkbar ist es, über §§ 634 Abs. 4,467 S.1 BGB § 346 S.2 BGB anzuwenden.

---

15) im Ergebnis ebenso Schöller Gruch 46,253 (259) mit anderer Begründung; Oertmann Recht 1920,154 (155); Soergel/Ballerstedt § 634 Rdnr.14

16) vgl. oben S. 109

17) Schöller Gruch 46,253 (258 f); Soergel/Ballerstedt § 634 Rdnr.14; Oertmann Recht 1920,154 (155)

Nach § 346 S.2 BGB ist für geleistete Dienste der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten. Bei unbefangener Lektüre führt diese Vorschrift dazu, daß der Besteller trotz Wandlung für die Tätigkeit des Unternehmers den vereinbarten oder üblichen Werklohn zu zahlen hat. In der Tat hat Lotmar in seinem grundlegenden Werk "Arbeitsvertrag", das nach der alten Systematik den Dienst- und den Werkvertrag umfaßte, dem Unternehmer den vollen Werklohn zugesprochen [18], dieses Ergebnis aber selbst als unbillig empfunden, was sich aus dem bezeichnenden Zusatz, "Das mag den Besteller von der Wandlung abhalten", ergibt.

Ausgangspunkt für die Frage, ob § 346 S.2 BGB für die Rückgewähr der Arbeitsleistung anwendbar ist, ist das Abwicklungsverhältnis und die Tatsache, daß § 346 S.2 BGB auf die Wandlung beim Werkvertrag nur durch zweimalige Verweisung (§§ 634 Abs. 4,467 S.1 BGB) "entsprechend" anwendbar ist.

aaaa) § 346 S.2 BGB beim vertraglichen Rücktritt

Der vertragliche Rücktritt hat mit fehlerhaften Leistungen nichts zu tun, sondern ist ein Gestaltungsrecht, das im Belieben der Beteiligten steht. Wenn die erbrachten Leistungen nicht rückgewährfähig sind, darf wegen des Prinzipes der Wiederherstellung des Zustandes vor der Leistung deren Wert nicht dem Leistungsempfänger verbleiben. Dienstleistungen sind nicht in Natur rückgewährfähig. Deswegen hat das Gesetz vorgeschrieben, daß, falls keine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, der Wert der Dienstleistungen zu ersetzen ist. Aus der Zusammenschau mit § 346 S.1 BGB ergibt sich, daß § 346 S.2 BGB für die Fälle gedacht ist, in denen Dienstleistungen oder die Überlassung einer Sache zur Benutzung Hauptgegenstand des Vertrages sind. § 346 S.2 BGB unterstellt, daß der Wert der geleisteten Dienste der versprochenen Gegenleistung im Rahmen des § 305 BGB entspricht und

---

18) II S.667: "Da der Arbeitnehmer immerhin den Werkvertrag in Vollzug gesetzt oder gar vollzogen und damit Dienste geleistet hat, so ist ihm vom wandelnden Besteller die im Vertrag in Geld bestimmte Gegenleistung zu entrichten".

und dieser Wert durch den Rücktritt nicht angetastet wird. Das ist für den vertraglichen Rücktritt, der die Fehlerhaftigkeit einer Leistung nicht in Betracht zu ziehen brauchte, auch richtig. Im Falle des vertraglichen Rücktritts soll das vereinbarte Entgelt bezahlt werden, gleich ob der Wert der Dienstleistungen im konkreten Fall über oder unter dem vereinbarten Betrag liegt. Ist keine Gegenleistung in Geld vereinbart, ist der Wert zu vergüten.

bbbb) § 346 S.2 BGB bei der Wandlung

α) Die Übertragung des Rechtsgedankens des § 346 S.2 BGB dem Grunde nach auf die dem Besteller verbleibende Arbeitsleistung des Unternehmers am bestellereigenen Stoff

Das für den vertraglichen Rücktritt Ausgeführte kann jedoch schon deswegen für die Wandlung nicht gelten, weil die Wandlung die Fehlerhaftigkeit, also i.d.R. Minderwertigkeit [19] der Leistung des Wandlungsgegners voraussetzt. Der Unternehmer, der ein mangelhaftes Werk liefert, hat die ihm obliegende Leistung noch gar nicht vollständig erbracht. Entgegen Lotmar [20] ist der Vertrag noch nicht "in Vollzug gesetzt oder gar vollzogen", also die dem Werkunternehmer obliegende Leistung erbracht worden mit der Folge, daß der vereinbarte Lohn gerade nicht zu zahlen ist. Immerhin ist § 346 S. 2 BGB der Gedanke zu entnehmen, daß, ist die Rückgewähr "in natura" nicht möglich, Wertersatz zu leisten ist. Dieser Gedanke ist für den Bereich der Wandlung fruchtbar zu machen. Die wirtschaftliche Gleichstellung zwischen Leistung und Gegenleistung, auf der § 346 S.2 BGB beruht, ist, so führt Oertmann [21], der die Frage des Ersatzes der zur Werkherstellung aufgewandten Tätigkeit des Unternehmers soweit ersichtlich als erster eingehender behandelt hat, zu Recht aus, in den Fällen der Wandlung von vornherein niemals vorhanden. Die "entsprechende" Anwendung des § 346 S.2 BGB führt im Gegensatz zu Lotmar bei der Berechnung des Betrages, den der wandelnde Besteller leisten muß, dazu, auf den Gesichtspunkt der "Gegenleistung" i.S.d. § 346 S.2 BGB zu verzichten und von dem Wert der erbrachten Leistung, die dem Besteller verbleibt, auszugehen [22].

---

19) vom Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft einmal abgesehen
20) II S.667
21) Recht 1920 Sp. 156 ff
22) so richtig Oertmann aaO Sp. 158

Nach der Umwandlungslehre [23] ergibt sich diese Lösung ohne weiteres. Denn die vertragliche Gegenleistung, die Vergütung, ist beim Werkvertrag für den Erfolg versprochen. Wenn der Erfolg ausgeblieben ist, so kann auch nicht die volle Höhe des Werklohnes gefordert werden; der Vertrag wird rückabgewickelt; die tatsächlich erbrachten nicht vertragsgemäßen Leistungen werden an den Leistenden zurückgeführt, sei es in Natur oder eben wertmäßig [24]. Es ist also auch nicht die tatsächlich aufgewandte Arbeit zu vergüten, demzufolge nicht etwa der tarifliche Stundenlohn multipliziert mit der Anzahl der gearbeiteten Stunden, sondern die mangelhafte Werkleistung wird nur insoweit in Geld ausgeglichen als sie den Wert des bestellereigenen Werkstückes (Stoffes) erhöht hat. Nicht die isoliert betrachtete Werkleistung ist zu bewerten, sondern die durch die wenn auch mangelhafte Werkleistung etwa erfolgte Wertsteigerung des Stoffes. Der Wert der Leistung zeigt sich am Stoff.

Die sinngemäße Anwendung des § 346 S.2 BGB auf die Wandlung beim "reinen" Werkvertrag führt dazu, daß der Besteller wegen der nicht "in natura" zurückgewährbaren Werkleistung verpflichtet ist, dem Unternehmer den Geldwert der fehlerhaften, dem Besteller verbleibenden Werkleistung zu erstatten [25].
Wenn der Wert des Stoffes durch die Werkleistung gar nicht erhöht worden ist, so erhält der Unternehmer nichts [26].

ß) Die Bemessung des Wertes der dem Besteller verbleibenden (mangelhaften) Werkleistung des Unternehmers

Während die analoge Anwendung des § 346 S.2 BGB bei der Durchführung der Wandlung bei Werkleistungen durchaus anerkannt ist [27], ist die Frage, welcher Wert zu ersetzen ist, entweder gar nicht angeschnitten oder es wird ersichtlich vom objektiven Wert ausgegangen [28], ohne die Frage zu berühren, ob auch eine

---

23) vgl. oben S. 19 ff
24) vgl. Stoll S.54
25) Oertmann aaO Sp.158 a.E.; Glass S.84 f,97
26) so schon Hachenburg BadAnn 64(1898) S.250;ebenso Oertmann aaO Sp.159 2.Abs.; Schöller Gruch 64(1902) 253(260)
27) Erman/Weitnauer § 346 Anm.7; Staudinger/Riedel § 634 Rdnr.10 a; Palandt/Thomas § 634 Anm.3
28) Palandt/Thomas § 634 Anm.3 a; Schlegelberger/Vogels/Hornig § 346 Rdnr.17

subjektive Wertbemessung möglich ist und auf welchen Zeitpunkt es bei der Wertberechnung ankommt.

αα) Die objektive Wertbemessung

In § 346 S.2 BGB ist lediglich von Vergütung des Wertes die Rede. Das ist der "gemeine Wert" [29], also der objektive Wert. Demnach ist jedenfalls zunächst von einer objektiven Wertbemessung auszugehen. Die geleistete Arbeit ist nach dem Grad der Werterhöhung des Werkstücks zu vergüten. Die Differenz zwischen dem Wert des Stoffes vor der Bearbeitung durch den Unternehmer und nach dieser Bearbeitung ist zu ermitteln. Der Unterschiedswert läßt sich an Hand der jeweils erzielbaren Verkaufspreise notfalls durch einen Sachverständigen feststellen. Dieser in Geld ausgedrückte Unterschiedswert ist an den Unternehmer in analoger Anwendung des § 346 S.2 BGB zu zahlen.

ββ) Die Berücksichtigung subjektiver Elemente bei der Wertbemessung

Nun läßt sich allerdings bei diesem Wertausgleich auch an die Berücksichtigung der besonderen Situation des Bestellers denken. Er muß u.U. einen Wert behalten und bezahlen, den er gar nicht gebrauchen kann. In der Tat möchte Koller [30] in einem überwiegend zu Werkverträgen i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB [31] verfaßten Aufsatz subjektiven Gesichtspunkten in gewisser Weise Rechnung tragen. Das unter dem Stichwort "aufgedrängte Bereicherung" für das Gebiet des Verwendungsersatzes und der Aufwendungskondiktion angestrebte Verständnis der Begriffe "Wert" (§ 818 Abs. 2 BGB) und "bereichert" (§ 818 Abs. 3 BGB) zwecks Berücksichtigung der Bedürfnisse des Bestellers "auf der Grundlage des nach der Vorstellung des Gesetzgebers an sich anwendbaren Rücktrittsrechts" (§§ 350 ff BGB) "angesichts der engen Verbindung zwischen Bereicherungs- und Rücktrittsrecht" [32] oder über § 327 S.2 i.V.m. § 818 Abs. 3 BGB auf den Wertausgleich nach § 346 S.2 BGB übertragen. Koller kommt auf diese Weise zu zwei Aus-

---

29) Palandt/Heinrichs § 346 Anm.2; Staudinger/Kaduk § 346 Rdnr.47
30) B 1974,2385 ff, 2558 f
31) zu diesen Verträgen vgl.unten S. 146 ff
32) S.2387 1.Sp.

nahmen von dem Ausgleich des Wertes durch den Besteller "um den die mangelhafte Leistung den objektiven Wert seines Vermögens erhöht hat":

Wenn auch eine mangelfreie Werkleistung den objektiven Wert des Vermögens nicht in einem dem objektiven Wert der Werkleistung entsprechenden Ausmaß gesteigert hätte, sei der zu erstattende Betrag um diesen vom Besteller veranlaßten Minderwert zu erhöhen;

wenn dem Besteller die Veräußerung der mangelhaften Werkleistung wegen typischer Affektionsinteressen nicht zuzumuten sei und der Besteller bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung nur einen unterhalb des Verkehrswertes liegenden Nutzen zu erzielen vermöge, sei ein unter der objektiven Erhöhung liegender Betrag anzusetzen; die Beeinträchtigung von Affektionsinteressen sei indes irrelevant, soweit der Besteller daraus für die Nutzungen keine wirtschaftlich objektivierbaren Konsequenzen ziehe [33].

Abgesehen davon, daß die von Koller vorgeschlagene Lösung zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führt - wie sollen im Einzelfall die Zu- und Abschläge auf den objektiven Vermögenszuwachs berechnet werden, die zu erwartenden Versuche der Besteller, subjektive Gesichtspunkte berücksichtigt zu sehen, einmal außer Acht gelassen,? -, die allerdings nicht ausschlaggebend sind, läßt diese Lösung aus folgenden Gründen nicht halten:

Was die von Koller unter der Überschrift "keine Abwälzung der Folgen einer unwirtschaftlichen Investition des Bestellers auf den Werkunternehmer" vorgeschlagene Erhöhung des zu erstattenden Betrages anbelangt (Ausnahme 1) sind schon vom Ansatz her Bedenken anzumelden.

Wird eine Maschine fehlerhaft repariert, die durch eine dem Besteller unbekannt gebliebene Erfindung ihren Verkehrswert fast völlig verloren hat und sich deswegen eine Reparatur ohnehin nicht gelohnt hätte [34], so mag in der Erteilung des Reparaturauftrages eine "unwirtschaftliche Investition" liegen, ändert aber nichts daran, daß sowohl durch eine fehlerfreie Reparatur als auch ggf. durch eine mangelhafte Reparatur der Wert der Maschine gleichwohl erhöht wurde. Entscheidend ist nicht, ob der Besteller von einem bestimmten Wert des Stoffes ausgegangen ist, sondern

---

33) S. 2459 r.Sp.
34) so das Beispiel von Koller aaO S.2385 l.Sp.

ob die an dem Stoff durchgeführte Arbeit den Stoff in seinem Wert gesteigert hat. Eine Wertsteigerung kann auch bei einer durch eine Erfindung entwerteten Maschine eintreten; auch mit veralteten Maschinen läßt sich produzieren. Auch in diesem Fall ist lediglich die Erhöhung des Verkehrswertes auszugleichen. Die Bemühung der §§ 350 ff BGB und §§ 327 S.2 i.V.m. § 818 Abs. 3 BGB stößt daher schon deswegen auf Bedenken.

Im übrigen ist die Anwendung des § 327 S.2 i.V.m. § 818 Abs. 3 BGB auf die Wandlung jedenfalls im Zusammenhang mit dem Wertersatz nach § 346 S.2 BGB entgegen Koller [35] nicht gerechtfertigt. Es ist zwar richtig, daß nach überwiegender Ansicht [36] § 327 S.2 BGB einen für alle gesetzlichen Rücktrittsrechte, zu denen im weiteren Sinne auch die Wandlung gehört, gültigen Rechtsgedanken enthält, nach dem der Rücktrittsberechtigte, der den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat, nur nach den §§ 812 ff BGB haftet. Entsprechendes könnte für die Wandlung gelten, weil der Wandelnde die Fehlerhaftigkeit des Werkes nicht zu vertreten hat. Aber abgesehen davon, daß in der von Koller herangezogenen Entscheidung des BGH vom 8.1.1970 [37] von Wandlung mit keinem Wort die Rede ist und das OLG Köln [38] sich in seiner Entscheidung vom 31.1.1970 mit der Nutzungsentschädigung für notgedrungen trotz nach Erklärung der Wandlung vorgebrachten erfolglosem Abholverlangens genutzter Möbel befaßt, wobei auf § 327 S.2 i.V.m. §§ 812 ff BGB schon deswegen nicht zurückgegriffen werden brauchte, weil das Gericht ohnehin am Ende den Fall über § 242 BGB gelöst hat und nicht etwa über eine subjektive Interpretation des Bereicherungsbegriffs, ist die Anwendung des § 327 S.2 BGB auf die Wandlung wegen der Verweisung in § 467 S.1 und § 634 Abs. 4 BGB auf die für den vertraglichen Rücktritt geltenden Vorschriften nicht möglich. Konsequentermaßen müßte für jeden Wandlungsberechtigten lediglich Haftung nach Bereicherungsrecht gelten

---

35) S.2386 l.Sp; ähnlich Locher S.36 f,44

36) vgl. die Nachweise bei Koller S.2386 Fn.16;a.A. Esser I § 51 II 1 S.367 f

37) BGHZ 53,144 ff

38) OLGZ 1970,454 f, ihm folgend Palandt/Heinrichs § 327 Anm.2; vgl. zu dem Urteil oben S.70,72

und die §§ 346 ff BGB wären für den Bereich der Wandlung, was den Wandlungsberechtigten anbelangt, ausgeschaltet. Das steht indes im klaren Gegensatz zum Wortlaut des Gesetzes. § 327 S.2 BGB ist nämlich eine Ausnahme gegenüber § 346 BGB. Die Rückgewährpflicht des § 346 BGB ist gerade nicht davon abhängig, ob der Rückgewährpflichtige noch bereichert ist, und gilt lediglich für gesetzliche Rücktrittsrechte und muß insoweit eng ausgelegt werden. Das Zurückgreifen auf § 327 S.2 BGB ist also nicht möglich, weil die Bereicherungshaftung durch die Sondervorschriften der §§ 467 S.1, 634 Abs. 4 i.V.m. § 346 S.2 BGB gerade ausgeschlossen ist und auf § 346 S.2 BGB § 818 Abs. 3 BGB gerade keine Anwendung findet [39].

Auch die analoge Anwendung der §§ 350 ff BGB über die Risikoverteilung auf den Wertausgleich nach § 346 S.2 BGB im Falle der Unmöglichkeit der Rückgewähr der erbrachten Leistung "in natura" zum Ausgleich von Investitionsfehlentscheidungen ist entgegen Koller [40] nicht gerechtfertigt. Denn daß der Verkäufer das Risiko des Untergangs der Kaufsache wegen eines ihr anhaftenden Mangels zu tragen hat, weil der Mangel in seiner Sphäre liegt, besagt noch nicht, daß der Besteller eine Wertminderung selbst zu tragen hat, die auf einer Fehlinvestition beruht und die auch eingetreten wäre, wenn das Werk mangelfrei erstellt worden wäre, in der Form, daß bei dem Wertausgleich ein Aufschlag gemacht werden muß. Die Nutzbarmachung des Gedankens, stets zu berücksichtigen, in wessen Sphäre ein zu einem Schaden führender oder einen Wert beeinflussender Umstand seine Ursache hat, ist zwar richtig, hat aber für den Wertausgleich nach § 346 BGB außer Betracht zu bleiben. Denn eine Fehlinvestition mag sich im ganzen als ungünstig erweisen, auf den konkreten Werkstoff hat sie keinen Einfluß, er hat seinen Verkehrswert, mag er nun hoch oder niedrig sein, und die Werkleistung hat diesen Verkehrswert erhöht oder nicht. Auf die Höhe der möglicherweise unter falschen Wertvorstellungen des Stoffes vereinbarten Vergütung kommt es nicht an.

---

39) Palandt/Heinrichs § 346 Anm.2; RG v. 7.8.07 JW 1907,670(672)

40) aaO 2387 1.Sp.

Über die §§ 350 ff BGB kann dem Unternehmer das Risiko der Werkherstellung nicht abgenommen werden.

Was den Ausgleich der dem Besteller verbleibenden Werkleistungen anbelangt, die seinen Bedürfnissen nicht entsprechen und von Koller unter der Überschrift "Umfang des Schutzes der Dispositionsfreiheit des Bestellers " angesprochen werden, ist es in der Tat zweifelhaft, ob man den Besteller verpflichten kann, einen Wert zu entgelten, den er nicht gebrauchen kann. Ein bei Koller [41] entlehntes Beispiel mag das verdeutlichen:

Der erstellten Fabrikhalle fehlen die geforderten statischen Besonderheiten, so daß der Besteller die Halle nicht für Fabrikationszwecke, sondern nur für Lagerzwecke verwenden kann.

Nach der objektiven Wertbemessung ist der Wert der Werkleistung - es wird davon ausgegangen, daß der Besteller sämtliche Materialien geliefert hat-, also die Arbeitsleistung zu ersetzen unter dem Aspekt der Kosten der Errichtung einer gewöhnlichen Lagerhalle. Zu prüfen bleibt, ob der Besteller von dem so ermittelten Wert der Werkleistung einen Abzug wegen der eingeschränkten Nutzbarkeit der Halle zu machen berechtigt ist.

Richtig ist, daß unter dem Schlagwort "aufgedrängte Bereicherung" beim Verwendungsersatz und der Aufwendungskondiktion Wege gesucht wurden, wie der Bereicherte für unerwünschte Aufwendungen oder Verwendungen Ersatz zu leisten hat [42]. Aufgedrängt ist die Bereicherung dem Bereicherten dann, wenn die objektive Werterhöhung gem. §§ 946 - 950 BGB für ihn ohne subjektives Interesse ist. Gegen den Anspruch aus § 951 Abs. 1 S.1 BGB hat der Bereicherte in erster Linie den Beseitigungsanspruch aus §§ 1004, 823 BGB; nach dem BGH [43] kann entsprechend § 1002 S.2 BGB der Anspruch dadurch abgewehrt werden, daß dem Entreicherten die Wegnahme gestattet wird. Greifen diese Abwehrmittel nicht durch, weil eine Beeinträchtigung nicht vorliegt, ein Schaden nicht gegeben ist oder die Beseitigung rechtlich untersagt ist, der Entreicherte nicht Störer ist, so

---

41) aaO S.2385 1.Sp.
42) vgl. nur Schindler AcP 165,499 ff; Wolff JZ 1966, 467 ff
43) BGH v. 21.12.56 BGHZ 23,61; BGH v. 8.12.71 WPM 1972, 389

so werden verschiedene Möglichkeiten vorgeschlagen, um den Bereicherten mit dem Ersatz des objektiven Wertes des Vermögenszuwachses in Geld zu belasten.
Die für die Fälle des Aufwendungs- oder Verwendungsersatzes gefundenen Lösungen, wie immer sie ausgestaltet wurden [44], sind indes auf den im Rahmen der Durchführung der Wandlung bei Unmöglichkeit der Rückgewähr der Werkleistung durchzuführenden Wertausgleich entgegen Koller [45] nicht anwendbar. Das Stichwort "aufgedrängte Bereicherung" ausgehend von der Frage nach den Folgen des Baus auf fremdem Boden paßt nur für die Fälle des § 951 BGB. § 951 BGB gibt einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich in Geld für Rechtsverluste nach §§ 946 - 950 BGB. Es handelt sich bei § 951 BGB um einen Fall der Eingriffskondiktion [46]. Dabei ist zu beachten, daß § 951 BGB gerade die Fälle regeln will, in denen jemand unbefugt eine Rechtsänderung herbeiführt und eben dann nicht anwendbar ist, wenn zwischen den Parteien ein Vertrag besteht und der Zuwachs auf diesem Vertrag beruht. Ist die Vermögensverschiebung Gegenstand einer Leistung, dann hat der Ausgleich nach dem Grundgeschäft zu erfolgen [47]. Zwischen dem Unternehmer als Wandlungsgegner und dem Besteller als Wandlungsberechtigten besteht ein Werkvertrag, der auch durch die Wandlung nicht erloschen ist, sondern sich in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt hat, in dessen Rahmen die erbrachten Leistungen zurückzugewähren sind. Es liegt also kein Fall der Eingriffskondiktion vor, sondern der Unternehmer ist in Erfüllung des geschlossenen Werkvertrages tätig geworden. Daß Versuche gemacht werden, dem durch unbefugten wenn auch

---

44) Westermann § 54,5; Staudinger/Berg § 951 Rdnr.14; Klauser NJW 1965,513(516); Palandt/Degenhardt § 951 Anm.2 c dd; Baur § 53 c III 2 c S.500 f: nicht nach objektivem, sondern nach subjektivem Ertragwert des Vermögenszuwachses beim Bereicherten bemißt sich die Bereicherung; Wolff JZ 1966,467 ff Begrenzungstheorie (oberste Grenze ist der Wert der Aufwendungen, die der Entreicherte gehabt hat, vgl. Baur aaO S.501)
45) aaO S.2387
46) Baur/Wolf Jus 1966,393 (394 M.N.)
47) Baur aaO

schuldlosen Eingriff in sein Vermögen unverhofft Bereicherten nicht, jedenfalls nicht auf einmal den vollen Ausgleich der Bereicherung in Geld zahlen zu lassen, erscheint als gerechtfertigt, läßt sich indes auf die Wandlung deswegen nicht übertragen, weil der Unternehmer sich nicht gegen den Willen des Bestellers in den Rechtskreis des Bestellers eingemischt hat, sondern in Kenntnis des Bestellers tätig geworden ist. Der Besteller hat den Vertrag geschlossen, den Stoff gestellt und mußte infolgedessen in seine Überlegungen einbeziehen, daß möglicherweise das Werk ohne nachweisbare Schuld des Unternehmers mißlingt und ein Ausgleich im Falle der Unmöglichkeit der Rückgewähr der Werkleistung "in natura" in Geld zu leisten ist. Das ist der entscheidende Unterschied. Der Besteller trägt das Risiko des Wertes seines Stoffes, und zwar nicht nur hinsichtlich einer Wertminderung, sondern auch hinsichtlich einer Wertsteigerung durch die von ihm veranlasste Werkleistung des Unternehmers.

Nach alledem hat es bei der analogen Anwendung des § 346 S.2 BGB, also dem Ersatz der objektiven Wertsteigerung des Stoffes zu verbleiben.

rr) Der für die Wertbemessung maßgebliche Zeitpunkt

Als maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des objektiven Wertzuwachses kommen der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der Zeitpunkt der Vollendung oder der der Übergabe des Werkes oder der des Vollzugs der Wandlung in Frage.

Als Parallele bietet sich der für die Berechnung der Minderung maßgebende Zeitpunkt an, der in der Literatur erörtert wird. Allerdings führt Engels [48] bei der Frage des Wertausgleichs nach § 346 S.2 BGB aus, daß der objektive Wert des Werkes zur "Zeit des Vertragsabschlusses" zu ersetzen sei und knüpft damit an eine zur Minderung vertretene Ansicht an [49], die im wesentlichen damit begründet wird, daß der Käufer, falls er den Mangel der Sache gekannt hätte, den Kaufpreis geringer angesetzt hätte; das gleiche müsse für den

---

48) S.74

49) vgl. nur Planck/Oegg § 634 Anm.4; Riezler S.117 ff; BGB-RGRK-Denecke § 634 Anm.7;Korintenberg S.163; Staudinger/Riedel § 634 Rdnr.10 b m.w.N.

Werkvertrag angenommen werden. Demgegenüber stellen Simons [50], Cappenberg [51] und Knappich [52] bei der Erörterung des Wertausgleichs nach § 346 S.2 BGB auf den Zeitpunkt der angeblichen Vollendung des Werkes ab, also den Zeitpunkt, in dem die Werksache dem Besteller zur Abnahme übergeben oder aber als fertig bezeichnet wurde, dies in Anknüpfung an die zur Minderung mit der Begründung vertretenen Meinung [53], daß im Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrages ein mangelhaftes Werk noch gar nicht vorliege. Ob die zur Minderung beim Werkvertrag vertretenen Ansichten zutreffen, kann dahinstehen, denn bei dem Wertausgleich analog § 346 S.2 BGB ist für den Zeitpunkt der Wertberechnung weder der Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch der der angeblichen Fertigstellung oder der Übergabe des Werkes zu wählen, sondern der Zeitpunkt des Vollzugs der Wandlung [54]. Denn bei dem Wertausgleich geht es nicht um eine verhältnismäßige Herabsetzung der Vergütung, sondern um die Bewertung der dem Besteller verbleibenden Werkleistung. Daß die Werkleistung dem Besteller verbleibt, steht bei Streit über die Berechtigung der Wandlung erst mit Rechtskraft des Urteils fest und in ihm ist der derzeitige Wert festzulegen. Im übrigen muß der Besteller die Gewissheit haben können, daß ein vorhandener Mangel nicht nachgebessert wird und tatsächlich verbleibt.

ßß) Die Abgrenzung zur Minderung

Der Vergleich zwischen dem Wertausgleich in Anwendung des § 346 S.2 BGB und der Minderung zeigt, daß der Wertausgleich den Anschein der Minderung erwecken kann: Ist der Werklohn bereits gezahlt worden, so hat der Unternehmer die Differenz zwischen dem Werklohn und dem Betrag, der als die objektive Wertsteigerung des Stoffes ermittelt wurde, an den Besteller herauszugeben. Das folgt aus der Differenzlehre, die auf beiderseitige Rückgewährpflichten aus Wandlung entsprechend anwend-

---

50) S. 41
51) S.60
52) S.91
53) Oertmann § 634 Anm.4 b "Zeit der Herstellung"; Brügmann S.155 (Abnahme des Werks); BGH v. 24.2.72 BGHZ 58,181=NJW 1972,821 (Abnahme des Werkes)
54) Koller aaO S.2459 1.Sp.

bar ist [55]. Ist der Werklohn dagegen noch nicht bezahlt, so kann der Unternehmer nur den Betrag der Wertsteigerung verlangen.

Der Unterschied zwischen dem Wertausgleich und der Minderung liegt in folgendem:

Bei der Minderung wird nach § 634 Abs. 4 i.V.m. § 472 BGB der noch zu zahlende Betrag ausgehend von der vereinbarten Vergütung proportional berechnet. Die Vergütung wird in dem Verhältnis herabgesetzt, in welchem in dem maßgeblichen Zeitpunkt [56] der Wert der Sache in mängelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde (§ 472 Abs. 1 BGB). Bei dem Wertausgleich nach § 346 S.2 BGB gibt es keine proportionale Berechnung. Die durch die Werkleistung erfolgte objektive Wertsteigerung des Stoffes wird ermittelt; dieser Betrag ist zu zahlen. Die vereinbarte Vergütung spielt bei der Wertermittlung keine Rolle. Auf Grund der Wandlung wegen der Fehlerhaftigkeit des Werkes erhält der Unternehmer gerade keine Vergütung, den Werklohn, war diese bereits gezahlt, ist sie herauszugeben. Werden Werklohnrückzahlungsanspruch und die Forderung des Betrages des Wertausgleichs verrechnet und wird dann nur die Differenz herausgegeben, decken Wandlung und Minderung sich häufig äußerlich, identisch sind beide aber nicht [57].

cccc) Die Rechtsprechung zur Durchführung der Wandlung bei "reinen" Werkverträgen

Rechtsprechung zur Durchführung der Wandlung bei "reinen" Werkverträgen ist - soweit ersichtlich - nicht veröffentlicht.

Lediglich Urteile zum gesetzlichen Rücktritt von Werkverträgen, die Erdarbeiten auf bestellereigenen Grundstücken zum Gegenstand haben, sind nachweisbar. Diese Urteile, die die Anwendbarkeit des Gedankens des § 346 S.2 BGB erkannt haben, sind für den Bereich

---

55) RG v. 26.4.07 RGZ 66,61(67); RG v.15.4.19 RGZ 96, 20(23)

56) Zeitpunkt im Werkvertragsrecht umstritten, vgl. oben S. 124 f

57) zutreffend Hachenburg aaO S.250; Cappenberg S.60; Simons S.41; a.A. wohl Locher S.37

der Wandlung von Bedeutung, weil beim gesetzlichen Rücktrittsrecht der §§ 325,326 und des § 636 BGB § 346 BGB jeweils über § 327 S.1 BGB anwendbar ist. Da ist zunächst die bekannte in fast allen Kommentaren [58] genannte "Bohrlochentscheidung" des RG [59] zu nennen.

Die Parteien, eine Tiefbohrgesellschaft und eine (Berg-) Gewerkschaft, schlossen einen Vertrag über eine Bohrung. Der Werkvertrag wurde nur teilweise erfüllt. Die Gewerkschaft trat gemäß § 636 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurück und verlangte die Rückzahlung des Bohrhonorars in Höhe von etwa 5.000 RM. Dagegen erhob die Bohrgesellschaft Anspruch auf 100.000 RM für Auslagen, die sie bei den Bohrungen gehabt hatte.

Während die Vorinstanz § 346 S.2 BGB "direkt oder analog" anwandte und der Bohrgesellschaft den vereinbarten Werklohn zusprach, weil die Leistung der Bohrgesellschaft nicht in Natur zurückgewährt werden konnte, führt der 3. Zivilsenat dagegen aus, daß beim Rücktritt von einem Werkvertrag der Besteller das erstellte Werk zurückgewähren müsse.

Die auf Grund des Vertrages "gemachte und von der Beklagten empfangene Leistung" habe "in dem erstellten Bohrloch, nicht aber in den zu seiner Erstellung aufgewendeten Diensten und Auslagen" der Bohrgesellschaft bestanden. "Gegenstand der Rückgewähr ist also auch nur das Bohrloch", seien nicht "die Dienste" der Unternehmerin. Das Bohrloch als solches könne nicht zurückgewährt werden.

Das RG erkennt zutreffend, daß, weil das Bohrloch tatsächlich nicht zurückgenommen werden kann, die Rückgewähr der Leistung "in natura" unmöglich ist.

Wegen Fehlens einer Vorschrift für den Fall der Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur leitet das RG aus der Bestimmung des § 346 S.2 BGB den allgemeinen Satz ab,daß im Falle der Unmöglichkeit der Rückgewähr der empfangenen Leistung deren Wert "zu vergüten" sei. Es führt aus, daß ein teilweise hergestelltes Werk in seiner Wertschätzung teilweise geleisteten Diensten nicht gleichzustellen sei, weil die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes regelmäßig unteilbar sei, während die Verpflichtung zur Leistung von

---

58) Palandt/Heinrichs § 346 Anm.2; Soergel/Schmidt § 346 Rdnr.3; Staudinger/Kaduk § 346 Rdnr.47 f; Erman/Westermann § 346 Rdnr.7

59) v.20.6.11 JW 1911, 756 Nr.11 = Recht 1911 Nr.2839 = Gruch 56 (1912) 113 ff Nr.5

Diensten ihrer Natur nach teilbar sei.
Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß Dienstleistungen etwa i.S.d. § 611 BGB, auch wenn nur ein Teil erbracht wurde, unter Zugrundelegung der vereinbarten Vergütung oder ihres Wertes, etwa auf Stundenlohnbasis abgegolten werden können. Dagegen muß beim Werkvertrag von dem geschuldeten Erfolg ausgegangen werden und geklärt werden, inwieweit die an dem Substrat erbrachte Leistung den Wert des Substrates erhöht hat. Nur dieser Wert ist zu ersetzen; auf die tatsächliche Arbeitszeit kommt es nicht an.
Das RG führt weiter aus, daß der Besteller nichts zu zahlen brauche, wenn die Werkleistung nichts wert sei, und verneint wegen der Wertlosigkeit der Leistung im konkreten Fall zutreffend den Gegenanspruch und bejaht den geltendgemachten Rückzahlungsanspruch.
Ebenfalls die Durchführung eines gesetzlichen Rücktritts, und zwar eines Rücktritts wegen Unmöglichkeit der Leistung beim Werkvertrag, behandelt ein Urteil des BGH vom 18.11.1957 [60]. Der Sachverhalt, der dem Urteil zugrundeliegt, ist nicht mitgeteilt. Aus den veröffentlichten Gründen geht lediglich hervor, daß das geschuldete Werk in Erdarbeiten bestand. Das OLG Oldenburg hatte als Vorinstanz dem Unternehmer nach § 346 S.2 BGB ein Entgelt für seine tatsächlich erbrachten Leistungen zugebilligt. Demgegenüber führt der BGH zutreffend aus, daß der Wortlaut des § 346 S.2 BGB auf den Rücktritt von einem Dienstvertrag, nicht aber von einem Werkvertrag zutreffe. Da eine besondere Vorschrift für die Rückgewähr der Leistungen nach Rücktritt von einem Werkvertrag fehle, gelte grundsätzlich § 346 S. 1 BGB. "Danach hat der Besteller die empfangene Leistung, d.h. das von dem Unternehmer hergestellte Werk zurückzugewähren. Im vorliegenden Fall besteht das vom Kläger (scil. Unternehmer) hergestellte Werk in Erdarbeiten, die ihrer Natur nach nicht zurückgegeben werden können". Das ist durchaus zutreffend. Zwar kann

---

60) LM § 8 VOB Teil B Nr. 1, zwar war VOB/B vereinbart; der BGH wendet aber die §§ 325 ff BGB an, weil er der Ansicht ist, daß die VOB/B jedenfalls für die Fälle der Unmöglichkeit der Leistung die allgemeinen Vorschriften des BGB nicht ausschließe.

der Besteller das Werk zur Verfügung stellen; der Unternehmer kann aber nichts an sich nehmen, was irgendwie von Wert wäre. Unter Bezugnahme auf den eben erörterten "Bohrlochfall" [61] führt der BGH aus, der Wert der empfangenen Leistung könne über den Betrag hinausgehen, der sich bei der Berechnung einer Teilvergütung nach dem für die Gesamtvergütung vereinbarten Maßstab ergebe. Das ist insofern richtig, als von dem objektiven Wert der dem Besteller verbleibenden Werkleistung auszugehen ist, der von einer Teilvergütung berechnet als Prozentsatz von der Gesamtvergütung im Hinblick auf die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung und von dem nach Minderungsgrundsätzen ermittelten Wert verschieden sein kann. Der BGH läßt die Frage, welcher Wert zu ersetzen ist, offen, weil der Besteller einen Betrag bereits errechnet hatte, der dem Unternehmer nach seiner Ansicht zustand, und der Unternehmer nicht vorgetragen hatte, daß das von ihm Erstellte einen höheren Wert als den vom Besteller errechneten habe [62].

2. Die Pflichten des Werkunternehmers

Die Rückgewährpflichten des Werkunternehmers stellen sich als Spiegelbild der Verpflichtungen des Bestellers dar. Seine wesentliche Pflicht ist es, den etwa bereits gezahlten Werklohn ggf. unter Abzug des Betrages, der den objektiven Wert der dem Besteller verbleibenden Werkleistung ausmacht, an den Besteller zurückzuzahlen (§§ 634 Abs. 4,467 S.1,346 S.1; 346 S.2 BGB in Anwendung der Differenztheorie).

3. Zusammenfassung

Bei der Wandlung eines "reinen" Werkvertrages ist Gegenstand der Rückgewähr das Werk am bestellereigenen Stoff und der Werklohn, sofern er bereits bezahlt wurde.

Die Rücknahmepflicht bei der Wandlung ist ihrer Idee nach, weil aus dem Kaufrecht stammend, das auf

---

61) RG v. 20.6.11 JW 1911,756 Nr.11 dazu oben S. 127 f

62) vgl. noch RG v.21.6.34 SA 88,344 Nr.178 betr.Abtragung von jährlich mindestens 20.000 cbm Sand, Wiedereinebnung des Geländes mit Abraum, Abfahren des auf dem Platz liegenden Gerümpels zum Zwecke der Herrichtung des Grundstückes zu Friedhofs- und Bauzwecken; die geforderte Räumung des Grundstücks wurde qua Wandlung zugesprochen; RG v.1.11.07 JW 1907,744=Warn 1 (1908) Nr.41 "Möbelstück"

den Umschlag von Sachen gerichtet ist, auf die Rücknahme einer Sache angelegt. Bei der Wandlung des "reinen" Werkvertrages geht es dagegen um die Rücknahme eines durch Arbeit hergestellten fehlerhaften Werkes ("negativen Erfolges") an einer bestellereigenen Sache. Da das Substrat dem Besteller verbleibt, kann das in der Arbeitsleistung an dem Stoff bestehende Werk trotz Zurverfügungstellung des Werkes zur Rücknahme nicht in Natur zurückgewährt werden; die Rückgewähr (Rücknahme) "in natura" ist unmöglich. Das schließt die Wandlung nicht aus. Jede Partei trägt die Gefahr ihrer Leistung.

Die Durchführung der Wandlung richtet sich, was die Rückgewähr der erbrachten Werkleistung anbelangt, nach dem Rechtsgedanken des § 346 S.2 BGB. Die "entsprechende" Anwendung dieser Bestimmung auf die Wandlung beim reinen Werkvertrag führt dazu, daß der Besteller verpflichtet ist, dem Unternehmer den objektiven Wert der ihm, dem Besteller, verbleibenden wenn auch fehlerhaften Werkleistung in Geld auszugleichen. Die Berücksichtigung subjektiver Gesichtspunkte, etwa unter dem Stichwort "aufgedrängte Bereicherung" findet nicht statt. Der objektive Wert ist die Differenz des Wertes des Stoffs vor und nach der Werkleistung. Dabei ist von dem jeweiligen Verkaufswert auszugehen. Die vereinbarte Vergütung spielt bei der Berechnung dieses Wertes keine Rolle. Dadurch unterscheidet sich in diesen Fällen die Wandlung von der Minderung. Den vereinbarten Werklohn erhält der Unternehmer nicht. Hat der Besteller ihn bereits bezahlt, ist er zurückzubezahlen ggf. unter Abzug des Betrages der objektiven Wertsteigerung des Stoffes. Ist die Werkleistung gar nichts wert, erhält der Unternehmer nichts. Ist der Stoff darüberhinaus verdorben, hat der Unternehmer im Falle der Wandlung dafür keinen Ersatz zu leisten; insoweit trägt der Besteller das Risiko.

II. Die Durchführung der Wandlung bei immateriellen Werken mit oder ohne Verknüpfung an ein Substrat (nicht verkörpertes Arbeitswerk, Leistwerk)

Vorbemerkung

Die meisten Vorschriften über den Werkvertrag gehen davon aus, daß es sich beim Werkvertrag um die Herstellung oder Veränderung einer Sache handelt (Sachwerk). Nach § 631 BGB, der den Bereich des Werkvertrages absteckt, kann auch ein andersartiger durch Arbeit herbeizuführender Erfolg zum Gegenstand eines Werkvertrages gemacht werden. Es sind Werke zu unterscheiden, denen jedes materielle Substrat fehlt (Theatervorführungen usw) und Werke, die zwar immaterieller Natur sind, aber doch an ein körperliches Substrat geknüpft sind (Abgabe eines schriftlichen Gutachtens, Erstellung von Plänen und Berechnungen). In diesen Bereich gehören auch Leistungen, die der Besteller am eigenen Körper vornehmen läßt (Haarschneiden, Zahnersatzbehandlung [63]).

Das Gesetz nimmt die unkörperlichen Werke von der Wandlung nicht aus. Schon bei der Durchführung der Wandlung von Verträgen über körperliche Werke treten Schwierigkeiten auf [64], die damit zu erklären sind, daß die Wandlung aus dem Kaufrecht, das die Übereignung von Sachen zum Gegenstand hat, für das Werkvertragsrecht übernommen wurde. Riezler [65] macht die (entsprechende) Anwendung der Mängelgewährvorschriften auf immaterielle Werke davon abhängig, ob eine Nachbesserungsmöglichkeit bei auftretenden Mängeln besteht. Ist das nicht der Fall, so ist nach seiner Ansicht die Wandlung "aus natürlichen Gründen ausgeschlossen" [66], weil der Werkbesteller die empfangene Leistung gar nicht mehr zurückgewähren könne. Bei immateriellen Werken mit sachlichem Substrat hält er die Wandlung im Falle der Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels für "regelmäßig ... undurchführbar" [67]. Das ist inkonsequent, weil er die

---

63) Riezler S. 124; Esser II § 79 I 2
64) vgl. oben S. 107 ff
65) S.123 f
66) S.123; ebenso Rümelin S.203 wegen der Schwierigkeiten bei der Rückgewähr
67) S.124

Wandlung folgerichtig auch in den Fällen für undurchführbar halten und damit ausschliessen müßte, in denen der Besteller ein materielles Werk nicht zurückgewähren kann (Reparatur an einer bestellereigenen Sache) und daher die unmögliche Rückgewähr in Natur durch einen Wertausgleich ersetzt werden muß [68]. Heute wird die Wandlung bei Verträgen über immaterielle Werke ohne sachliches Substrat trotz unmöglicher Rückgewähr in Natur allgemein für zulässig gehalten [69]. Ist die Mängelbeseitigung nicht möglich, so steht dem Besteller sofort ein Anspruch auf Wandlung zu [70]. Ist die Rückgewähr des Werkes nicht möglich, weil das Konzert beendet oder "beim Haarschneiden zuviel geschehen" [71] ist, dann hat der Besteller gemäß dem § 346 S.2 BGB zu entnehmenden Gedanken, daß bei Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur ein Ausgleich in Geld hinsichtlich der dem Besteller verbleibenden Leistung vorzunehmen ist, dem Werkunternehmer den objektiven Wert der Leistung, die ihm bleibt, in Geld auszugleichen.

An einzelnen Vertragstypen, die immaterielle Werke zum Gegenstand haben, wird die Durchführung der Wandlung aufgezeigt, und zwar zunächst an Werkverträgen, deren Werk an ein körperliches Substrat geknüpft ist - wobei allerdings der Architektenvertrag, der Statikervertrag wegen des Zusammenhangs mit dem Bauvertrag im Anschluß an diesen behandelt werden - und anschließend an einigen, denen ein materielles Substrat fehlt.

---

68) darauf weist Simons S.51 mit Recht hin, ähnlich Frisch S. 54; Levy S. 37 f
69) Knappich S.97; Frisch S.54; Engels S.80; Simons S.52
70) das ergibt sich schon aus § 634 Abs. 2 BGB
71) Riezler S. 124

1. Immaterielle Werke mit sachlichem Substrat

a) Der Vertrag über die Erstellung eines schriftlichen Gutachtens u.ä.

aa) Der Gutachtervertrag als Werkvertrag

aaa) im allgemeinen

Der Vertrag über die Erstattung eines Gutachtens ist ein Werkvertrag i.S.d. §§ 631 ff BGB [72]. In einem Gutachten hat sich der Sachverständige über bestimmte Punkte zu äußern. Mit der Tätigkeit des Gutachters allein ist dem Besteller nicht gedient. Er verlangt das Ergebnis seiner Gutachtertätigkeit, nämlich die Systematisierung und Zusammenfassung der bei der gutachtlichen Betätigung gefundenen Ergebnisse. Der Erfolg ist also ein geistiges Produkt durch Arbeit oder Dienstleistung, das sich in einer Niederschrift körperlich manifestiert, m.a.W. ein sachliches Substrat ist vorhanden. Ist der Gutachtervertrag Werkvertrag, so haftet der Gutachter dem Auftraggeber nach den §§ 633 ff BGB für die Mängel des Gutachtens [73]. "Schlechte Qualität" kann als Fehler i.S.d. § 633 BGB in Betracht kommen und z.B. ein Wandlungsbegehren gem. § 634 BGB rechtfertigen [74].

bbb) Rechtsgutachten, Rechtsauskunft eines Rechtskundigen über eine konkrete Einzelfrage

Das Vertragsverhältnis zwischen einem Rechtsanwalt und seinem "Auftraggeber" ist zwar regelmäßig ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Ausnahmsweise kann es aber auch ein Werkvertrag sein, wenn nämlich nicht sowohl anwaltlicher Beistand als vielmehr ein durch anwaltliche Arbeit herbeizuführender Erfolg den Gegenstand der Verpflichtung des Rechtsanwaltes bildet. Das ist gewöhnlich dann der Fall, wenn es der Anwalt übernimmt, Rechtsauskunft über eine bestimmte Frage zu erteilen oder

---

72) BGH v. 8.12.66 NJW 1967,719 (720)
OLG München v. 28.7.71 WPM 72,1170; vgl. OGHBrZ v. 26.11.48 HEZ 2,236(237) betr. ärztl.Gutachten außerhalb eines Behandlungsvertrages; der vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft bestellte Sachverständige wird allerdings kraft öffentlichen Rechts als Berater des Gerichts, der StA tätig, Rosenberg/Schwab § 124 III S.644(654); Müller S.431; Bremer S.21; Soergel/Ballerstedt vor § 631 Rdnr.31; vgl. z.B. OLG Hamm v. 3.1.50 MDR 1950,221

73) BGH v. 8.12.66 NJW 1967,719(720 l.Sp.)

74) BGH v. 8.12.66 NJW 1967,719(720 r.Sp.)

ein schriftliches Gutachten anzufertigen [75] oder einen bestimmten Vertragsentwurf zu erstellen [76] oder einen bereits abgeschlossenen Vertrag in Übereinstimmung mit einem ausländischen Recht zu bringen [77].

ccc) Steuergutachten, Auskunft über eine steuerrechtliche Frage

Regelmäig ist ein Vertrag, durch den einem Steuerberater oder Steuerbevollmächtigten allgemein die Wahrnehmung aller steuerlichen Interessen übertragen wird, ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB) [78]. Ausnahmsweise liegt bei einem Steuerberater- oder Steuerbevollmächtigtenvertrag Werkvertrag vor, und zwar dann, wenn es sich um die Erstattung eines Gutachtens, um eine konkrete Rechtsauskunft handelt [79].

Ähnlich ist die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers zu beurteilen. Hat er nicht nur die Revision als solche vorzunehmen, sondern einen den Gesetzen [80] entsprechenden Prüfungsbericht mit Bestätigungsvermerk anzufertigen, so liegt darin ein Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung [81].

bb) Die Durchführung der Wandlung

Die Durchführung der Wandlung erschöpft sich in der Regel darin, daß die etwa bezahlte Vergütung zurückzuerstatten ist, die zur Verfügung gestellten Unterlagen herausgegeben werden und dem Gutachter das unbrauchbare schriftliche Gutachten oder die schriftliche Aus-

---

75) RG v. 5.5.16 RGZ 88,223(226 f); RG v. 28.4.36 JW 1936,2861; BGH v. 20.10.64 VersR 1965,41= NJW 1965,106=DRiZ 1965,66=BB 1964,1398 betr. Rechtsauskunft; Enneccerus/Lehmann § 164 I Fn.5; Boergen S.13 f; Riedel/Sußbauer § 1 Rdnr.3, § 21 Rdnr.5; Schumann/Geißinger Einl.Rdnr.18; Scheffler Anwaltsverzeichnis 1968,107;einschränkend Gerold/Schmidt § 1 Rdnr.10 : nur Rechtsgutachten

76) Boergen S.13 f

77) RG v. 17.3.14 JW 1914,642 zugleich Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 BGB

78) BGH v. 4.6.70 BB 1970,986 u.1075; LG Bamberg v.25.10.69 DStR 1969,279; z.T. abweichend Wallner DStR 1969,375; LG München I 20./21.3.1968 NJW 1968,1725; Späth DStR 1966,91 (94)

79) vgl. Thier S.9; LG München II v. 19.6.63 Die Wirtschaftsprüfung 1964, 665=Der Steuerberater 1965, 41; abweichend Kühn/Kutter, Abgabeordnung Anhang zu § 107 a S.103 f

80) §§ 148 ff AktG; §§ 33 b ff GenG; §§ 57 VAG

81) Staudinger/Nipperdey/Mohnen/Neumann vor § 611 Rdnr.222 m.w.N.; OLG Hamburg v. 17.12.63 Die Wirtschaftsprüfung 1964, 553

kunft zur Verfügung gestellt wird [82].

b) Der Arztvertrag

aa) Der Arztvertrag über eine Operation als Werkvertrag

Der Vertrag des Patienten mit dem Arzt über ärztliche Behandlung ist i.d.R. Dienstvertrag [83], und zwar meist auch bei Operationen. Ausnahmsweise liegt bei einer Operation Werkvertrag vor. Erfolg ist dann nicht die Operation selbst, also ihre sachgerechte Durchführung (der primäre Erfolg) [84], sondern die davon erhoffte Heilung oder Besserung eines Leidens (der weitere Erfolg) [85], so z.B. eine kosmetische Operation [86], bei der eine Krankenhausbehandlung i.d.R. nicht erforderlich ist [87]. Hier ist ein Erfolg geschuldet, nämlich die tatsächliche Verschönerung des betreffenden Körperteils durch den schönheitschirurgischen Eingriff.

bb) Die Durchführung der Wandlung

Liegt Werkvertrag vor, sind die Gewährleistungsansprüche der §§ 633 ff BGB anwendbar. Kann der gewünschte Erfolg nicht in zumutbarer Weise durch einen erneuten Eingriff hergestellt werden, ist der Patient zur Wandlung berechtigt: Der Anspruch auf Vergütung entfällt. Allenfalls hat der Patient, falls die Entstellung durch die Operation geringer geworden ist, den Wert dieses Teilerfolges in Anwendung des § 346 S. 2 BGB zu vergüten.

c) Der Zahnarztvertrag über die Anfertigung und Eingliederung einer Zahnprothese

aa) Der Zahnarztvertrag als Werkvertrag

Die Rechtsnatur eines auf eine zahnprothetische Behandlung gerichteten Vertrages ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten. Während die einen von einem Dienst-

---

82) vgl. aus der Rechtsprechung: RG v. 17.3.1914 JW 1914 S.642 f Nr.4 betr. e. Vertrag mit einem Rechtsanwalt über die Abstimmung eines Vertrages über die Ausbeutung einer Kohlengrube mit dem chinesischen Berggesetz vom 20.9.1907; OLG Rostock v. 10.10.30 MecklZ 47 (1931) Sp.218 f betr. Überprüfung der Geschäftsbücher/Buchführung und Erstattung eines Berichts

83) Soergel/Wlotzke/Volze vor § 611 Rdnr.52; Soergel/Ballerstedt vor § 631 Rdnr.17; Larenz II § 52 I S. 198 f; Hübner/Drost S.4; vgl. Luig S.225 ff; LG Hannover 24.6.55 NJW 1956,348

84) Staudinger/Nipperdey/Mohnen Vorbem.§ 611 Rdnr.146

85) Staudinger/Nipperdey/Mohnen aaO; Hübner/Drost S.4; kritisch Esser II §§ 76 II 1,79 I 1

86) vgl. OLG Düsseldorf v. 9.5.1974 - 8 U 117/73 - dazu Rieger DMW 1974, 2068 f

87) Soergel/Ballerstedt vor § 631 Rdnr. 17

vertrag [88] ausgehen, schlagen andere einen Mittelweg [89] ein, der Vertrag über die Fertigung einer Zahnbrücke habe "eine doppelte rechtliche"Natur. Er sei Werkvertrag, soweit es sich um die eigentliche Anfertigung der Zahnbrücke und ihre Eingliederung in den Mund des Patienten handele, weil dies eine überwiegend handwerkliche Leistung sei, im übrigen Dienstvertrag, soweit der Zahnarzt in seiner Eigenschaft als Arzt auf die Konstitution seines Patienten eingehen und durch die Art seiner Behandlung während der Anfertigung und Eingliederung der Brücke auf das gesundheitliche Wohl bedacht sein müsse. Die überwiegende Auffassung hält einen Werk (-lieferungs-) vertrag für gegeben, wenn ein Zahnarzt die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Herstellung und Eingliederung einer Zahnprothese übernimmt [90].

Nachdem lange Zeit eine höchstrichterliche Entscheidung gefehlt hatte [91], hat der BGH in einem Urteil vom 9.12.1974 [92] den auf eine zahnprothetische Behandlung gerichteten Vertrag als Dienstvertrag gewertet, jedoch das Gewährleistungsrecht des Werkvertrages für anwendbar erklärt, soweit eine spezifische zahnärztliche Heilbehandlung nicht vorliege, sondern es sich nur um die technische Anfertigung der Prothese handele. Der BGH differenziert zutreffend zwischen der Heilbehandlung und der technischen Anfertigung der Prothese; die zahnprothetische Behandlung einschließlich der Eingliederung der Prothese bleibe Dienstvertrag, nur die Gewährleistung für die technische Herstellung richte sich nach Werkvertragsrecht. Von dieser Entscheidung ist auszugehen. Der Zahnarzt haftet demnach nach den §§ 633 ff BGB nur dafür, daß die Prothese technisch einwandfrei gefertigt ist [93].

---

88) LG Bremen v. 7.1.65 NJW 1965,2015

89) AG Hamburg v. 26.9.63 MDR 1964,233; LG Wuppertal v.29.10.64 NJW 1965,349 ähnlich v.22.1.69 MDR 1969, 514;Wüster NJW 1957,689 f;Döring NJW 1957, 698 f

90) vgl. die Nachweise BGH NJW 1975,305(306 1.Sp.1 a) vgl. ferner LG Erfurt v. 4.5.49 Neue Justiz 1949, 317; KG v. 3.5.30 JW 1930,2975 Nr.2 ; OLG Kolmar v. 22.3.07 OLG 17,417

91) RG v. 11.4.19 RGZ 95,322 ff, das Werklieferungsvertrag annimmt, ist überdies zum Steuerrecht ergangen.

92) NJW 1975,305=JZ 1975,174

93) dem entspricht es, auf einen Vertrag mit einem Facharzt der Orthopädie über die Fertigung von losen Schuheinlagen Werkvertragsrecht anzuwenden, wenn die Einlagen nicht passen, AG Krefeld v. 25.4.67 NJW 1967,1512

bb) Die Durchführung der Wandlung

Die Durchführung der Wandlung erschöpft sich bei der Beschränkung der Anwendung des Werkvertragsrechts auf die technische Herstellung der Prothese auf die Rückgewähr der fehlerhaften Zahnprothese und die Rückzahlung des Honorars, soweit es die Prothese betrifft [94], und zwar einschließlich eines etwaigen Zuschusses der Krankenkasse [95]. Im übrigen muß der Zahnarzt, soweit erforderlich, den Zahnersatz auf seine Kosten wieder entfernen.

In der Rechtsprechung spielt, was einleuchtend ist, lediglich die Frage eine Rolle, ob die auf die Honorarklage einredeweise geltend gemachte Wandlung berechtigt ist, der Honoraranspruch also entfällt, und ob das bereits gezahlte Honorar zurückzuzahlen ist [96].

d) Verträge über handwerkliche Leistungen mit Verknüpfung an ein materielles Arbeitssubstrat

aa) Beispiele

Der Dekorateur bringt verschiedene Sachen in eine vom Besteller vorgeschriebene oder von ihm selbst bestimmte sachgerechte Position: z.B. das fachgerechte Anbringen von Gardinen (Stores) in einer Gründerzeitvilla mit vier m hohen schwer zugänglichen Fenstern; Gestaltung eines Schaufensters mit Waren.

Geschuldet ist als Erfolg die fachgerechte Anbringung bzw. Anordnung von Gegenständen, also die Dekoration, ohne daß Sachen hergestellt oder verändert werden.

Handwerkliche Arbeiten am menschlichen Körper wie Haarschneiden

bb) Die Durchführung der Wandlung

Die Durchführung der Wandlung geht in diesen Fällen genauso vor sich wie bei den Werkverträgen über körperliche Werke, bei denen das Werk nicht in Natur zurückgewährt werden kann: Während der Vergütungsanspruch entfällt, ist dem Unternehmer für die dem Besteller verbleibende Werkleistung - die Rückgewähr in Natur ist unmöglich - in Anwendung des Rechtsgedankens des § 346 S.2 BGB ihr objektiver Wert zu ersetzen oder von der Werklohnrückzahlung abzusetzen.

---

94) mißverständlich Dröge/Kratz, Die BEK 1968 Heft 4 S.120

95) insoweit zutreffend Dröge/Katz aaO

96) AG Bremerhaven v. 27.8.65 MDR 1966,410 f betr. angefertigte u. in den Mund eingefügte Brücke; KG v. 3.5.30 JW 1930,2975 f Nr.2 betr. kleine Brücke; vgl. LG Meseritz v. 4.7.01 PosMSchr 4 (1901) 177 betr. Gebiß

2. Werkverträge über Leistwerke immaterieller Art ohne Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat

a) Beispiele

aa) Besuchsverträge

Besuchsverträge [97] über künstlerische Darbietungen wie Konzerte, Theater, Oper, Ballet [98], und zwar auch dann, wenn sie mit technischen Mitteln übertragen werden [99]. Besuchsverträge über sportliche Veranstaltungen oder sonstigen Auftretens von Personen (Shows): Vertrag zwischen dem Veranstalter eines Kraftradrennens und dem zahlenden Zuschauer [100].

Der geschuldete Erfolg ist die tatsächliche mehr oder weniger qualitativ hochstehende Darbietung; der im Einzelfall konkret geschuldete Erfolg richtet sich nach dem Vertrag.

bb) mündliche Gutachten, Auskünfte, Ratschläge

Werden geistige Leistungen nicht schriftlich fixiert, so fehlt die Verknüpfung mit einem körperlichen Substrat; das Arbeitsprodukt ist daher nicht "sinnenfällig" [101]. Esser [102] spricht insoweit von einem geistigen Substrat, wie z.B. das Recht.

b) Die Durchführung der Wandlung

Bei Mängeln des Werkes - die Sängerin war heiser, das Piano verstimmt, die Stereoanlage defekt, das mündliche Gutachten unvollständig und zum Teil falsch, statt des zugesicherten Tenors X kam dessen Schüler Y, deren Unbehebbarkeit (die zeitlich festgelegte Aufführung ist vorbei) oder Fehlschlagen der Nachbesserung (Gutachten) oder deren Verweigerung, ist der Besteller berechtigt, Wandlung zu verlangen [103]. Die Durchführung der Wandlung erfolgt wie bei nicht in Natur zurückgewährbaren körperlichen Werken. Der Vergütungsanspruch entfällt bzw. ist zurückzuerstatten abzüglich des objektiven Wertes der mangelhaften Werkleistung. Tritt der Startenor nicht auf, so ist der Aufpreis zurückzuzahlen.

---

97) gemeint sind damit die Verträge des Veranstalters mit den zahlenden Zuschauern

98) dazu Staudinger/Riedel Vorbem. zu § 611 Rdnr.12; RG v. 7.11.31 RG 133,388

99) Esser II § 79 I 2 S.165

100) RG v. 4.3.30 RGZ 127,313;RG v.3.8.36 Warn 1936 Nr.168

101) Riezler S.124

102) II § 79 I S.164

103) Rümelin S.203; es sei denn, der Anspruch auf Wandlung ist ausgeschlossen, einmal durch Geschäftsbedingungen oder durch Verzicht, etwa bei Theateraufführungen, wenn üblicherweise das hingenommen wird, was geboten wird.

3. Mischformen

a) Der Anzeigenvertrag

aa) im allgemeinen

Der Anzeigenvertrag, auch Inseratvertrag [104] genannt, verpflichtet den Verleger zur Aufnahme einer Anzeige mit dem vom Besteller zu liefernden Text in einer Druckschrift und zur Verbreitung dieser Druckschrift. Der Inserent verpflichtet sich, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Ein solcher Vertrag wird gemeinhin als Werkvertrag angesehen. Geschuldet ist ein "anderer ... Erfolg" i.S.d. § 631 Abs. 2 BGB, nämlich Abdruck und Verbreitung der Anzeige [105]. Es liegt ein Mischtyp vor: Es wird nicht nur die Herstellung einer Sache geschuldet, sondern auch die Verbreitung, die an ein körperliches Substrat geknüpft ist.

Bei Fehlern der Anzeige (Druckfehler, fehlende Lesbarkeit) und fehlenden zugesicherten Eigenschaften (Placierungen, Auflagestärke [106]) stehen dem Besteller die Rechte aus §§ 633 ff BGB zu. Bei mangelhaften Inseraten ist die Beseitigung des Mangels i.d.R. nicht möglich - das Inserat ist gedruckt und erschienen - ; ein nochmaliger richtiger Abdruck ist keine Mängelbeseitigung, sondern die Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes, den vorzunehmen der Verleger berechtigt ist, sofern dies ohne Verletzung der berechtigten Interessen des Bestellers geschehen kann.

Zwar hält Ebner [107] mit Rücksicht auf die Eigenart des Anzeigenvertrages die Wandlung nicht für zulässig, der Inserent könne die Leistung nicht zurückgewähren,

---

104) ist Gegenstand der Anzeige eine Reklame, so spricht man auch von einem Anzeigenreklamevertrag; zum Reklamevertrag vgl. unten S. 141 f

105) Staudinger/Riedel § 631 Rdnr. 3 m.w.N.; Soergel/Ballerstedt vor § 631 Rdnr.37; Haack JW 1933,2807; Ebner LZ 1929, Sp.603; Josef LZ 1929 Sp.1020; Hachmeister S.6 m.w.N. in Fn.6; vgl. OLG Düsseldorf v. 10.3.72 MDR 1972,688; Der Erfolg, den der Besteller von der Anzeige erwartet, ist lediglich der Beweggrund zum Abschluß des Vertrages (Hachmeister S.6; Ebner aaO), "insofern ist der ...vertrag auf Seiten des Bestellers ein Risikogeschäft" (RG v. 22.9.25 HRR 1925 Nr. 1631 Sp.1173); der Verleger hat die Anzeige so zu veröffentlichen, daß sie den vom Besteller verfolgten Zweck der Bekanntmachung erfüllen kann.

106) dazu Hachmeister S.27; Stützel JW 1934,327,821; Stritzke JW 1934, 821

107) aaO; ihm folgend Soergel ^{9}/Erdsiek/Mühl vor § 631 Rdnr.22;differenzierend Soergel/Ballerstedt vor § 631 Rdnr.37

es komme lediglich Minderung in Betracht, die im Einzelfall im Ergebnis der Wandlung gleichkomme. Die Unmöglichkeit der Rückgewähr der Leistung, Verbreitung eines fehlerhaften Inserats, macht die Wandlung nicht unzulässig, wie wiederholt betont wurde. So hält auch die herrschende Ansicht die Wandlung beim Inseratvertrag für zulässig [108].

bb) Die Durchführung der Wandlung

Der Vergütungsanspruch entfällt. Der Besteller hat in entsprechender Anwendung des § 346 S.2 BGB den objektiven Wert der ihm verbleibenden Leistung zu entrichten. Josef [109] meint, es fehle an jeder Möglichkeit, den Wert der mangelhaften Anzeige festzustellen. Die bloße Möglichkeit, daß die mangelhafte Anzeige doch für den Besteller von Nutzen gewesen sein könnte, Beachtung gefunden habe, dem Besteller Kunden zugeführt habe, gebe keine geeignete Grundlage für die Bemessung des zu erstattenden Wertes. Hachmeister [110] ist der Ansicht, daß, habe die Anzeige trotz fehlerhaften Abdrucks nachweisbare Erfolge gebracht, der Besteller "wenigstens einen Teil der Insertionsgebühren als Vergütung für den Wert der vom Verleger geleisteten Arbeit zu entrichten" habe. Abgesehen davon, daß beim Wertersatz die vereinbarte Vergütung außer Betracht bleibt, ist nicht auf die Erreichung des vom Inserenten verfolgten Endzwecks abzustellen. Vielmehr ist zu fragen, ob die fehlerhafte Anzeige so wie sie verbreitet wurde, im Hinblick auf die Ermöglichung der Kenntnisnahme einen objektiven Wert noch aufwies. Das mag bei drucktechnisch richtig, aber unter Mißachtung zugesicherter Eigenschaften (Plazierung, fehlende Anzeigen der Konkurrenz, Auflagenhöhe) verbreiteten Anzeigen i.d.R. der Fall sein. Dann ist der Betrag einer derartigen Anzeige als Wert zu ersetzen. Bei fehlerhaftem Druck dürfte der Wert der Anzeige nicht gegeben sein, so daß ein Wertausgleich entfällt.

---

108) Josef LZ 1929 Sp.1020 unter Hinweis auf Oertmann (Recht 1920,157) u.den "Bohrlochfall" (RG JW 1911, 756) in Fn.1 Sp.1021; Staudinger/Riedel § 631 Rdnr.3; Hachmeister S.31; OLG Dresden 7.10.09 SA 65 Nr. 140 S.270; für das schweizerische Recht Auer S.35

109) aaO Sp.1021 u. stellt unzutr. auf Bereicherung, die entstandenen Vorteile ab

110) S. 32

b) Reklameverträge

Im Zusammenhang mit dem Anzeigenvertrag sind die Reklameverträge zu nennen.

aa) Beispiele

aaa) Der Plakatreklamevertrag

In einem Plakatreklamevertrag verpflichtet sich der Unternehmer z.B. bestimmte Plakate in oder an Strassenbahnwagen usw. anzubringen und dafür zu sorgen, daß sie (eine gewisse Zeit) dort bleiben.

Geschuldet ist ein Erfolg i.S.d. § 631 Abs. 2 2. Alt. BGB: Der Unternehmer hat geeignete Wagen auszuwählen, die Plakate in der vereinbarten Weise anzubringen und dafür zu sorgen, daß sie für die Dauer des Vertrages dort bleiben. Das Publikum soll die Reklameanschläge lesen können. Es handelt sich also um einen Werkvertrag [111].

bbb) Der Lichtreklamevertrag

In einem Lichtreklamevertrag verpflichtet sich der Unternehmer, eine Lichtreklame in der vom Besteller bestimmten Form anzubringen und zu unterhalten.

Der Unternehmer hat durch Arbeit das Leuchten der Reklame herbeizuführen, also einen Erfolg i.S.d. § 631 Abs.2 2.Alt.BGB. Es liegt also ein Werkvertrag vor[112].

ccc) Der Kinowerbevertrag

In einem Kinowerbevertrag verpflichtet sich der Unternehmer eines Lichtspieltheaters für eine gewisse Zeit die von einer Werbefirma gelieferten Werbedias und Werbefilme vorzuführen.

Der Unternehmer schuldet die Vorführung der Diapositive und der Werbestreifen als Erfolg. Es liegt ein Werkvertrag vor[113].

---

111) RG v. 3.12.12 Warn 6 (1913)Nr. 138 S.172(173); RG v. 12.1.16 Warn 9 (1916)Nr.48 S.77; RG v.4.3.27 LZ 1927 Sp.1399 Nr.6 = HRR 1927 Nr. 870; KG v. 3.3.19 KGBl 1920,49 = Recht 1920 Nr.1865 f; RG v. 6.10.16 Warn 9 (1916)Nr.268 S.440 (441) = JW 1916,1526 Nr.1, wo zutr. ausgeführt ist, daß der Unternehmer nicht dafür einzustehen hat, daß die Reklameplakate dem Besteller tatsächlich Kundschaft zuführen.

112) OLG Kiel v. 5.8.37 SchlHAnz 1937,273 = Recht 1938 Nr.81 = JDR nF Bd 5 S.366 zu § 631; KG v. 16.1.17 KGBl 1917 S.46 betr. eine Lichtreklame an der Kottbusser Brücke in Berlin; in dieser Entscheidung ist zutr. ausgeführt, daß der Unternehmer nicht dafür einzustehen hat, daß die leuchtende Reklame tatsächlich auf das Publikum einwirkt.

113) PrOVG v. 20.9.38 RVBl 60(1939) 60 f; LG München I v.24.4.64 UFITA 46(1966)364 ff m.w.N.

bb) Die Durchführung der Wandlung

Wegen der Unmöglichkeit der Nachbesserung, weil die Mängel i.d.R. erst nach Ablauf (eines Teils der) Vertragsdauer bemerkt werden, kann der Vertrag sofort gewandelt werden. Das RG [114] hat diese Möglichkeit wiederholt gesehen, aber zur Durchführung der Wandlung soweit ersichtlich nicht Stellung genommen. Das OLG Hamburg befaßt sich in einem Urteil vom 15.12.1950 [115] mit der Wandlung folgenden Plakatreklamevertrages:

Eine Zigarettenfabrik beauftragte eine Verkehrsmittel-Werbefirma, Plakate mit einer Werbung für die Zigarettenmarke "R..." an den Plattformen von sechs bestimmten Hamburger Straßenbahnlinien eine bestimmte Zeit auszuhängen. Die Plattformflächen dieser Linien sollten vollständig mit diesen Plakaten versehen sein. Bei den vereinbarten sechs Straßenbahnlinien waren nur etwa drei Viertel der vorhandenen Flächen für die Reklame der Zigarettenfabrik verwendet worden. An den Wagen dieser Linien war eine nicht unbeträchtliche Zahl von Zigarettenplakaten von Konkurrenzfirmen gleichzeitig zu sehen. In den dem Vertrage zugrunde gelegten Geschäftsbedingungen war ein Ausschluß von Wettbewerbern nicht vereinbart worden. Die Zigarettenfabrik weigerte sich, die für den Werbeaushang vereinbarte Vergütung zu zahlen, sie erhob die Einrede der Wandlung mit der Begründung, die Werbung sei erfolglos gewesen.

Das Gericht bejaht zutreffend die Zulässigkeit der Wandlung auch bei Unmöglichkeit der Rückgewähr der erbrachten Leistung. "Denn dies beruht nicht auf einem Verhalten der Beklagten, sondern folgt aus der Natur der von der Klägerin zu erbringenden Leistung (§§ 634 Abs. 4,467,350 BGB)". Wenn entgegen dem Vertrag nur drei Viertel der Flächen mit Plakaten der Bestellerin ausgefüllt waren, wurde der Vertrag mangelhaft erfüllt. Ein objektiver Wert in Anwendung des § 346 S.2 BGB war nicht zu ersetzen, weil davon auszugehen ist, daß eine mit Plakaten der Konkurrenz durchsetzte Werbeaktion, gerade bei Zigarettenreklame, ohne jeden Wert ist mit der Folge, daß das Gericht die Werklohnklage zu Recht abgewiesen hat.

---

114) RG v. 7.10.19 Recht 1920 Nr.380; RG v. 8.1.16 Warn 9 (1916) Nr. 48 S.77 a.E.; RG v. 3.12.12 Warn 6 (1913) Nr.138 S.172 (173)

115) BB 1951,39

c) Transport- und Reiseverträge

aa) Allgemeines und Beispiele

Unter Transportvertrag [116] wird die Vereinbarung einer bestimmten Ortsveränderung einer Person oder Sache zu einer bestimmten Zeit verstanden, der als Werkvertrag aufzufassen ist [117]. So ist der auf eine entgeltliche Beförderung gerichtete Luftbeförderungsvertrag [118] ein Werkvertrag.

Unter einem Reisevertrag, treffender Reiseveranstaltervertrag, ist jeder Vertrag zu verstehen, durch den sich jemand im eigenen Namen verpflichtet, einem anderen gegen Zahlung eines Pauschalpreises eine Gesamtheit von Leistungen zu verschaffen, die eine Beförderung, einen von der Beförderung getrennten Aufenthalt oder andere damit zusammenhängende Leistungen erfaßt [119]. Es handelt sich also insoweit um die heute immer beliebter werdenden Urlaubsreisen zum Pauschalpreis. Diese Verträge werden von der herrschenden Meinung als Werkverträge angesehen [120].

bb) Die Zulässigkeit und die Durchführung der Wandlung

Ob ein Transport, eine geschuldete Ortsveränderung, mangelhaft i.S.d. § 633 BGB erfolgen kann, erscheint als zweifelhaft. Die Transportleistung als solche kann nur erfolgen oder nicht erfolgen oder verspätet erfolgen, so daß insofern eine Mängelhaftung allenfalls für einen pünktlich begonnenen, verspätet beendeten Transport in Frage kommt. Erfolgt der Transport nicht an den richtigen Ort oder gar nicht, so liegt

---

116) die Spezialregelungen bleiben unberücksichtigt; dazu Staudinger/Riedel Vorbem. § 611 Rdnr. 3

117) Esser II § 79 I 2 S. 165; vgl. RG v. 23.4.30 SA 84 Nr. 163 S.271 f betr. Löschung einer Schiffsladung (Stauereivertrag)

118) BGH v. 21.12.73 MDR 1974,568=BB 1974,819

119) vgl. Eberle S.2; Avant - Projet de Convention Internationale Relative au Contrat de Voyage (Brüsseler Abkommen) Rabels Z 1968,741 ff; Corsten S.49; Sünner S.12; Gabriele Arndt S.15,21 ff; vgl. auch den Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag, dazu Jüttner ZRP 1974,181 ff

120) vgl. nur BGH v. 30.11.72 JZ 1973,367 "Pockenschutzimpfung"; BGH v. 10.10.74 JZ 1975,249 "vertane Urlaubszeit"; OLG Hamm v. 11.10.74 NJW 1975,123 "Wanzen"; Klimke ZfV 1974,470 m.w.N. in Fn.54; Huhn S.107 ff; Eberle S.4 m.w.n. in Fn.41; Gabriele Arndt S.24; Sünner S.47; Corsten S.68 ff (78)

Nichterfüllung vor (aliud-Leistung); bei verzögertem Transport läßt sich von Verzug sprechen. Allerdings hat der BGH [121] in einem Fall, in dem das Flugzeug vor Erreichung seines Ziels abgestürzt war, die Rückerstattung der Flugkosten aus dem Gesichtspunkt der Wandlung für grundsätzlich berechtigt erachtet. Das ist unzutreffend, weil sich der Anspruch auf Rückerstattung des Flugpreises aus §§ 323,325 BGB ergibt.

In dem Moment, in dem neben der Transportleistung noch etwas anderes geschuldet wird, etwa ein bestimmter Sitzkomfort, und ist dieses mit Mängeln behaftet, läßt sich eine Wandlung durchaus denken.

Dem entspricht es, daß bei Reiseveranstalterverträgen die Wandlung durchaus für möglich angesehen wird [122].

Zur Durchführung der Wandlung findet sich soweit ersichtlich im einzelnen nichts [123].

Die Wandlung dürfte wie folgt durchzuführen sein: Der Reisende hat Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises. Soweit der Reisende Leistungen entgegengenommen hat, die nicht zurückgewährbar sind, etwa Verpflegung, hat er in Anwendung des § 346 S.2 BGB deren objektiven Wert zu erstatten.
Fraglich ist, ob der Reisende, der den Reiseveranstaltervertrag wandelt, einen Anspruch darauf hat, auf Kosten des Reiseveranstalters zum Ausgangspunkt der Reise zurückgebracht zu werden (i.d.R. Rückflug). Wandelt der Reisende erst nach Abschluß der Reise, so hat er die Transportleistungen, auch den Rücktransport, erhalten und hat gleichwohl einen Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises abzüglich Verpflegungskosten [124]. Dann kann es keinen Unterschied machen, ob der Reisende bereits vor der Heimreise wandelt. Das rechtfertigt sich aus der Besonderheit des Reiseveranstaltervertrages. Die Wandlung würde

---

121) v.28.6.69 BB 1969,1157 Nr. 3
122) Gabriele Arndt S.120; Corsten S.105
123) vgl. Sünner S.50; Corsten S.105 f; G.Arndt S.120
124) vgl. OLG Hamm v. 11.10.74 NJW 1975,123 betr. Minderung nach Abschluß der Reise, und zwar in Höhe des Gesamtpreises abzüglich ersparter Verpflegungskosten

ins Leere gehen und gegenüber der Minderung weniger wirksam sein, was nicht richtig sein kann. Dem entspricht es, daß der Referentenentwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltervertrag in Art. 14 Abs. 5 bei Vertragsaufhebung (= Wandlung) ausdrücklich einen Anspruch auf "Rückschaffung" vorsieht [125].

4. Zusammenfassung

Die Durchführung der Wandlung bei immateriellen Werken mit oder ohne Verknüpfung an ein Leistungssubstrat erfolgt in der Weise, daß, weil eine Rückgewähr in Natur nur bei vorhandenem körperlichen Substrat möglich ist, in diesem Falle das körperliche Substrat zurückgewährt wird, im übrigen wegen der Unmöglichkeit der tatsächlichen Rückgewähr die Rückgewähr der erbrachten Leistung durch Ausgleich des objektiven Wertes dieser fehlerhaften Leistung von Statten geht.

---

125) dazu kritisch Jüttner ZRP 1974,181 r.Sp.

III. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB

Vorbemerkung

Der Vertrag i.S.d. § 651 Abs.2 BGB ist Werkvertrag, weil der Unternehmer zwar Material liefert, die gelieferten Sachen aber als "Zutaten oder sonstige Nebensachen" hinter der Werkleistung zurücktreten. Es geht dabei um die Veränderung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache des Bestellers mit Hilfe von dem Unternehmer gelieferten Materials. Was als bloße Zutat oder andere Nebensache anzusehen ist, wird nach den Umständen des Einzelfalles entschieden. Dabei ist das sachliche Verhältnis der einzelnen Stoffe zueinander entscheidend, also der Vergleich des Stoffes, an dem die Arbeiten anzubringen sind (Arbeitssubstrat) und das, was der Unternehmer anzufügen hat. Die §§ 93 ff, 97 ff BGB bieten dabei Anhaltspunkte. sind aber nicht entscheidend [125]. Deswegen wird auf eine Differenzierung nach Nebensachen, Zubehör und wesentlichen Bestandteilen verzichtet. Unter § 651 Abs. 2 BGB fallen u.a. folgende Fallgruppen:

a) Herstellung oder Veränderung einer beweglichen Sache aus Stoffen des Bestellers unter Verwendung von "Nebensachen" durch den Unternehmer
Beispiele:
Reparatur eines Autos unter Einbau von Ersatzteilen des Unternehmers;
Anfertigung eines Maßanzuges aus Stoffen des Bestellers unter Verwendung von Zutaten (Knöpfe, Kniefutter usw.) des Schneiders

b) feste Verbindung einer Hauptsache mit einer Nebensache

aa) Lieferverträge mit Montageverpflichtung (Einbau) [126]
Beispiel: Lieferung und Einbau eines Schiffskessels in ein Schiff [127]

bb) feste Verbindung eines gelieferten Gegenstandes mit einem Grundstück durch Einbau in das Erdreich oder Haus
Beispiele: Verpflichtung zur Lieferung und zum Einbau eines Heizungskessels;
Einbau einer Beleuchtungsanlage [128]

cc) Lieferung von Einzelteilen eines Gegenstandes an den Einsatzort, Zusammenbau und Einfügen in den Boden oder in ein Bauwerk, in ein Schiff

---

125) dazu Staudinger/Ostler § 651 Anm. 5; was § 638 BGB anbelangt: von Craushaar NJW 1975, 993
126) Graue AcP 163 (1963) 401 (402,404)
127) OLG Hamburg 25.3.93 SA 48 Nr.254 S.402 f; Riezler S.60; Graue AcP 163, 405
128) BayObLG v. 22.10.02 Recht 1902 Nr.2670 S. 588; Graue AcP 163, 405 Fn. 5

oder eine andere größere Sache
Beispiele: Pumpanlagen, Aufzugs- und Heizungsanlagen[129],
Durch die Einfügung wird die Anlage erst betriebsfertig gemacht (im Gegensatz zur bloßen Befestigung und Zusammenbau)

c) Arbeiten an einem Grundstück
Beispiele: Bau einer Drainage durch lose Verlegung von Rohren, die der Unternehmer liefert;

d) Bauverträge

aa) Errichtung ganzer Bauwerke wie z.B. Mauern, Wohnhäuser

bb) Teilarbeiten am Bau

Die Grenzen im einzelnen sind flüssig. So kann ein Liefervertrag mit Montageverpflichtung einen Bauwerkvertrag über einen Teil des Bauwerks darstellen: Der Einbau einer Heizungs- oder Kachelofenanlage. Diese Unterschiede haben für die Wandlung keine Bedeutung, wohl aber wegen § 638 BGB für die Frage der Verjährung der Werkmängelansprüche[130].

Festzuhalten bleibt, daß, obwohl der Unternehmer häufig nicht unerhebliche Mengen von Material liefert, der Stoff des Bestellers, das Arbeitssubstrat, als Hauptsache angesehen wird und somit die vom Unternehmer gelieferten Gegenstände an der Beurteilung derartiger Verträge als Werkverträge nichts zu ändern vermögen. Für die Frage der Wandlung ist aber zu berücksichtigen, daß - im Hinblick auf die anzuwendenden Vorschriften über die Wandlung beim Kauf - diese Vertragsform dem Kauf noch insofern näher steht als der "reine" Werkvertrag als noch Sachen geliefert werden, mögen sie auch i.d.R. nicht durch Einigung und Übergabe in das Eigentum des Bestellers gelangen, sondern kraft Gesetzes als wesentliche Bestandteile (§§ 93,94,947 BGB) der beweglichen oder unbeweglichen Sache des Bestellers in das Eigentum des Bestellers übergehen.

1. Grundlagen

a) Die Verweisungstechnik im BGB

Auf den Vertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB sind ausschließlich die Bestimmungen des Werkvertrages anzuwenden, demnach sind für die Wandlung § 634 BGB und wegen der Verweisung in § 634 Abs. 4 BGB die §§ 465 - 467,

---

129) RG v. 14.1.19 Recht 1919 Nr.742; Graue aaO S.405
130) zur Abgrenzung, die nicht unstreitig ist, vgl. neuestens von Craushaar NJW 1975,993

469 - 475 BGB "entsprechend" anwendbar. Über § 467 S. 1 BGB gelten sodann die Vorschriften über den vertraglichen Rücktritt (§§ 346 ff BGB) entsprechend.

b) Die Mangelhaftigkeit des Werkes beim Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB

Wegen des Zusammenhangs mit dem Kauf wegen der Lieferung von Nebensachen ist darauf einzugehen, ob es einen Unterschied macht, ob die Nebensachen mangelhaft sind oder die Arbeitsleistung.

Beispiel:
Nach dem Vertrag hat der Unternehmer Blechkessel zu emaillieren. Als die Arbeit an den Kesseln des Bestellers fertiggestellt war, stellte sich ein nicht zu beseitigender Mangel heraus: Die Kessel entsprachen der zugesicherten Eigenschaft "erstklassige Ausführung" nicht, weil die vom Unternehmer gelieferte und verwendete Grundglasur nur 25 % Borax enthielt, während bei der Zusicherung erstklassiger Ausführung 33 % die unterste Grenze bildet. Der Unternehmer klagt den Werklohn ein; der Besteller macht einredeweise die Wandlung geltend. [131]

Bei der Grundglasur handelt es sich um Zutaten i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB. Die Zutaten waren mangelhaft, die eigentliche Tätigkeit des Unternehmers dagegen nicht. Da das Werk in der Lieferung und Verarbeitung von Zutaten an bestellereigenen Stoffen besteht, um einen bestimmten Erfolg an diesen Stoffen zu erreichen, kann es keinen Unterschied machen, ob die Stoffe oder die Arbeit mangelhaft sind, wenn im übrigen die Voraussetzungen der Wandlung gegeben sind. Die Mangelhaftigkeit der vom Unternehmer gelieferten Nebensache ist ebenso wie die mangelhafte Arbeitsleistung ein vom Unternehmer "zu vertretender" Umstand, der zur fehlerhaften Ausführung des Werkes geführt hat. Daher steht dem Besteller das Wandlungsrecht in beiden Fällen zu. "Für eine mit mangelhaften Zutaten geleistete Arbeit kann er (scil. Unternehmer) ebensowenig wie für mangelhafte Arbeit den Werklohn verlangen ..." [132].

c) Die Rückgewähr der empfangenen Leistungen gem. § 346 S. 1 BGB beim Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB dem Grunde nach

Die Übertragung des § 346 S. 1 BGB auf den Werkvertrag im weiteren Sinne (§ 651 Abs. 2 BGB) ergibt auf den ersten Blick folgendes :

---

131) nach KG v.10.3.20 OLG 40,238
132) KG v. 10.3.20 OLG 40, 238

Der Besteller hat dem Unternehmer das erhaltene Werk zurückzugewähren oder das noch nicht angelieferte zu belassen. "Werk" ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß es den Stoff des Bestellers und die Arbeit des Unternehmers nebst Zutaten umfaßt. Zurückzugewähren ist nach § 346 S. 1 BGB die Leistung des Unternehmers, also nicht der Stoff in veränderter Gestalt, sondern die Arbeitsleistung am Stoff des Bestellers unter Verwendung der vom Unternehmer gelieferten Zutaten. Dem Unternehmer gebühren daher im Falle der Wandlung seine Arbeitsleistung und seine Zutaten, wenn man seine Leistung, Verarbeitung von Nebensachen am bestellereigenen Stoff, in dieser Weise aufteilen will. Der Besteller hat Anspruch auf den Stoff in seinem ursprünglichen Zustande, wenn man - wie beim Kauf - darauf abstellt, daß der Zustand in dem Zeitpunkt vor der Leistungserbringung wiederherzustellen ist, so daß Stoff und Arbeit in Gestalt verarbeiteter Zutaten wieder zu trennen wären und, wenn dadurch der ursprüngliche Zustand des Stoffes noch nicht erreicht würde, weitere Handlungen zur Erreichung dieses Zieles erforderlich wären (Zurückbringen des Stoffes in die ursprüngliche Form). Ob damit die Grenze zum Schadenersatz, negativen Interesse, dem Zustand, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre, überschritten ist, ist

a) aus dem Abwicklungsverhältnis und seinem Ziel bei der Wandlung;

b) aus dem Gesichtspunkt, daß der Besteller seinen Stoff für die Werkleistung zur Verfügung gestellt hat und der Stoff ohne Verschulden beeinträchtigt wurde, der Besteller das Risiko des Stoffes trägt;

c) aus dem Gesichtspunkt der Vermeidung der Zerstörung wirtschaftlicher Werte (Verwertbarkeit der abgetrennten Zutaten)

zu beantworten.

2. Rückabwicklungsschuldverhältnis und erfolgsbezogenes Schuldverhältnis

Wer auf Grund eines Werkvertrages i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB verpflichtet war, die gelieferten Teile mit dem bestellereigenen Stoff zu verbinden, hat sie in Durchführung der Wandlung wegen der Umkehr der Leistungspflichten im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses durch "Rückleistung" wieder zu lösen, und zwar kostenlos.

Die Vertragspflichten verkehren sich in ihr Gegenteil. Die Verpflichtungen des Unternehmers richten sich nach dem Vertrag. Wer eine Sache aufgebaut hat, hat sie im Falle der Wandlung wieder abzubauen. Eine Verpflichtung zum Einbau führt zu einer Verpflichtung zum Ausbau; die Verpflichtung zur Anbringung eine Verpflichtung zur Abtrennung von Zutaten. Die Wiederherstellung des Zustandes vor der Leistung, das erklärte Ziel der Wandlung, würde bedeuten, daß der Unternehmer die gelieferten Zutaten (unverändert), der Besteller seinen Stoff unverändert zurückerhält. Nun geht es bei der Wandlung nicht allein um die Rückgewähr der Nebensachen, sondern auch um die erbrachte Arbeitsleistung. Man wird aber grundsätzlich die Rückgewähr des Werkes in der Zurverfügungstellung des Arbeitssubstrates zur Wiederentfernung des Materials zu sehen haben. Das ergibt sich aus der Leistungsumkehr: Die Zutaten, die verarbeitet wurden, sind durch Arbeit zurückzunehmen. Der Unternehmer ist gehalten, durch eigene Tätigkeit das fehlerhafte Ergebnis seiner Arbeit zurückzunehmen.
Wenn man Zutaten und Arbeitsleistung für sich betrachtet, ergibt sich folgendes: Die erbrachte Arbeitsleistung, die in Natur nicht zurückgewährbar ist, ist in den Fällen, in denen eine Trennung der gelieferten und verwendeten Materialien möglich ist, auch wenn der Stoff verändert wurde, i.d.R. nichts wert, so daß insoweit ein Wertausgleich kaum in Frage kommt. Die Wandlungsdurchführung beschränkt sich dann auf die Rücknahme der Zutaten. Daß die Arbeitsleistung des Unternehmers unvergütet bleibt, entspricht dem Prinzip der Werkleistung: Ein Erfolg ist geschuldet, der wegen des vom Unternehmer "zu vertretenden" Mangels nicht eingetreten ist mit der Folge, daß die Vergütung nicht zu zahlen ist. Ohne Erfolg kein Entgelt.
Ist auf Grund der Beschaffenheit des Werkes eine Trennung der Zutaten nicht möglich, so muß ein anderer Weg gefunden werden, bei der Durchführung der Wandlung zu einem angemessenen Ergebnis, Ausgleich unter den Rückgewährpflichtigen, zu kommen. Dafür bietet sich der Rechtsgedanke des § 346 S. 2 BGB an.

3. Die Durchführung der Wandlung im einzelnen

Der Besteller hat nach dem entsprechend anwendbaren § 346 S. 1 BGB die Werkleistung aus an dem Arbeitssubstrat mittels unternehmereigenem Material durch Arbeit erbrachte Veränderung, Umgestaltung usw. zurückzugewähren. Das heißt, er muß das Arbeitssubstrat zur Wegnahme der Werkleistung zur Verfügung stellen. Damit hat er seiner Rückgewährpflicht genügt, wenn der Unternehmer seine Leistung auch zurücknehmen kann. Das ist der Fall, wenn das Werk, das verwendete Material und die Arbeitsleistung ohne weiteres von dem Arbeitssubstrat wieder gelöst werden kann wie z.B. die fehlerhafte Goldfassung bestehend aus vom Unternehmer geliefertem Rohgold von einem bestellereigenem Brillanten. Häufig sind auch die Zutaten als solche zurückgebbar. Das ist z.B. dann der Fall, wenn Einzelteile zu einer Anlage in ein Haus fest eingefügt wurden. Kann der Besteller sich damit begnügen, das Arbeitssubstrat zur Wegnahme des Werkes zur Verfügung zu stellen mit der Folge, daß der Unternehmer also nur seine Zutaten in mehr oder weniger ursprünglichem Zustand zurückerhält? Muß der Besteller die erbrachte Arbeitsleistung vergüten? Wird etwa dadurch, daß die Arbeitsleistung sich nicht zugleich in den Zutaten manifestiert, die Rückgewähr der Werkleistung in Natur unmöglich oder gar die Wandlung selbst unzulässig? Es ließe sich denken, das Werk in Zutaten (Rückgewähr in natura möglich) und Arbeit (Rückgewähr in natura unmöglich) aufzuteilen. Wenn diese Aufteilung zulässig ist, muß man für die erbrachte Arbeitsleistung eine Form der Rückgewähr finden. Ist das Werk auch nicht in Form der Rücknahme der Zutaten zurücknehmbar, der Anstrich eines Hauses ist fehlerhaft, wird die Farbe abgekratzt, so erhält der Unternehmer keinen wirtschaftlichen Wert zurück, so fragt sich, ob in solchen Fällen die Rückgewähr in Natur unmöglich ist und einheitlich nach § 346 S. 2 BGB wie beim "reinen" Werkvertrag vorzugehen ist.

a) Die Rückgewähr im Falle der Trennbarkeit des Werkes bestehend aus Zutaten und Arbeit von der Hauptsache

Beispiel:
Der Besteller übergibt einen ihm gehörenden Brillanten einem Juwelier zur Anfertigung eines Ringes. Der Ring ist zu klein geraten. Da der Juwelier den Ring in der gem. § 634 Abs. 1 BGB gesetzten Frist nicht passend macht, wandelt der Besteller und verlangt seinen Brillanten heraus[133].

aa) Die Pflichten des Bestellers

aaa) Die Verpflichtung des Bestellers zur Gestattung der Rücknahme der Nebensachen

Der Besteller ist verpflichtet, das Werk zurückzugewähren (§ 346 S.1 BGB). Das geschieht in den Fällen der Trennbarkeit der Nebensachen von der Hauptsache dadurch, daß der Besteller dem Unternehmer das Arbeitssubstrat zum Entfernen der Zutaten zur Verfügung stellt.

bbb) Die Behandlung der Zusammensetzarbeit bei der Durchführung der Wandlung

Damit ist die Frage angesprochen, ob der Besteller einen Ausgleich an den Unternehmer etwa unter dem Gesichtspunkt des § 346 S.2 BGB für die Arbeitsleistung des Unternehmers, Verbindung von Haupt- und Nebensache, zu leisten hat. Die Arbeitsleistung ist in Natur nicht zurückgewährbar. In Anwendung des Rechtsgedankens des § 346 S.2 BGB ist daran zu denken, daß der Besteller den Wert der Arbeit zu ersetzen hat. Dabei ist im Fall des Brillianten zu berücksichtigen, daß dem Besteller von der Arbeit im Ergebnis nichts verbleibt. Das Werksubstrat hat eine Werterhöhung nicht erfahren, der Brilliant ist als loser Stein herauszugeben. Ein objektiver Wert der Arbeit, der dem Besteller verbleibt, ist in diesem Fall wie auch in den meisten Fällen, in denen in die Substanz der Werksubstrate eingegriffen wurde, nicht vorhanden. Ein Wertersatz in entsprechender Anwendung des § 364 S.2 BGB ist daher nicht gegeben.

bb) Die Pflichten des Werkunternehmers

aaa) Die Trennungs- und Wiederabnahmepflicht

Der Unternehmer ist zur Wiederabnahme des Werkes verpflichtet. Die Wiederabnahmepflicht besteht deswegen,

---

133) vgl. das Beispiel bei Goldmann/Lilienthal, BGB Bd 1 S.650 Fn.26; der anzufertigende Ring, in den der Brillant eingefaßt werden soll, ist im Hinblick auf den Wert des Brillanten als Nebensache aufzufassen, so daß ein Vertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB gegeben ist.

weil die Rückgewähr "in natura" möglich ist [134]. Das geschieht durch Trennung des Werkes, also der mit der Hauptsache verbundenen Nebensache, von dem Stoff des Bestellers.

Der Juwelier, der die vom Besteller gestellte Hauptsache, den Stein, mit der von ihm gelieferten Nebensache, die Goldfassung, verbunden hat, hat wegen der durch die Wandlung erfolgten Umkehr der Leistungspflichten den Stein aus der Fassung zu lösen, besser: die Fassung von dem Stein zu lösen und die Fassung wieder an sich zu nehmen.

bbb) Die Verpflichtung des Unternehmers, die Kosten der Trennung zu tragen

Die Kosten der Trennung hat der Unternehmer zu tragen. Das ergibt sich aus der Umkehr der Leistungspflichten. Zusammengefügtes muß er im Wege der Rückabwicklung wieder trennen. Wer eine Nebensache mit einer Hauptsache verbunden hat, hat diese Nebensache im Fall der Wandlung durch Trennung zurückzunehmen. Er erhält dann seine Leistung, die Nebensache, zurück.

Ist die Nebensache "in natura" zurückgewährbar, ist die Rückgewähr des Werkes in der Rücknahme der Zutat durch "Rückleistung", nämlich dem Trennen der Zutat von der Hauptsache zu sehen. Aus der Umwandlungslehre folgt, daß der Unternehmer das Werk so wie er es erstellt hat, zurücknehmen muß (Einbau führt zu Wiederausbau, Aufbau zu Abbau, Anfügen zu Wiederabtrennen). Daraus folgt, daß der Unternehmer die Kosten der Trennung selbst zu tragen hat [135]. Ihm verbleibt als wirtschaftlicher Wert die Zutat.

ccc) Die Behandlung der Eingriffe des Unternehmers in die Substanz des Stoffes des Bestellers durch die Werkleistung bei der Durchführung der Wandlung

Damit ist die Frage angesprochen, ob der Unternehmer zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes der

---

134) Knappich S.94, allerdings mit unzutreffendem Hinweis auf RG 3.5.10 Warn 3 (1910) Nr.238 S.247, zu diesem Urteil vgl. oben S. 101, 75

135) so im Ergebnis Goldmann/Lilienthal, aber mit anderer Begründung: Die Trennung sei ein Teil der dem Unternehmer obliegenden Herausgabepflicht und der Besitzer habe die Kosten der Herausgabe zu tragen. Wegen des als Abwicklungsverhältnis auch nach Wandlung bestehen gebliebenen Werkvertrages ist das Zurückgreifen auf sachenrechtliche Vorschriften (§ 985 BGB) nicht erforderlich; der Vertrag trägt das Ergebnis.

Hauptsache verpflichtet ist.
In vielen Fällen bleibt das Arbeitssubstrat durch die Anfügung von Nebensachen nicht unberührt, sondern wird durch die Verbindung mit Nebensachen beeinträchtigt, beschädigt.
Eine Wiederherstellungspflicht könnte im Hinblick auf das Ziel der Wandlung, Wiederherstellung des Zustandes vor der Leistung, gegeben sein.
Die Umwandlungslehre trägt dieses Ergebnis nicht. Denn die Verpflichtung zur Wegnahme der Nebensachen beinhaltet die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht.
§ 258 BGB hilft nicht weiter, weil er ein Recht auf Wegnahme voraussetzt und nicht eine Verpflichtung dazu.

Ein ius tollendi i.S.d. § 997 BGB ist nicht gegeben, sondern die Verpflichtung zur Rücknahme einer Leistung im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses, wobei die Grenze zum Schadenersatz zu beachten ist. Der Unternehmer, der wegen der Fehlerhaftigkeit des Werkes die Wandlung zwar "zu vertreten" hat, sie aber nicht verschuldet hat, ist auf die Verpflichtung zur Rücknahme der Leistung zu beschränken.
Entsprechend dem oben zum "reinen" Werkvertrag Ausgeführten [136] behält der Besteller den von ihm eingesetzten Stoff auch im Falle der Verbindung mit abtrennbaren Nebensachen so wie er nach Rücknahme der Zutaten ist. Das rechtfertigt sich nicht nur mit dem Gedanken, daß den Unternehmer bei der Wandlung kein Verschulden trifft, also nicht zum Schadenersatz und damit nicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes des Stoffes verpflichtet ist, sondern in erster Linie mit der Erwägung, daß der Besteller die Gefahr des Stoffes und seines Wertes trägt mit der Folge, daß den Besteller Beeinträchtigungen des Stoffes und ein etwaiger Minderwert entstanden durch die fehlerhafte Werkleistung treffen.

ddd) Die Verpflichtung zur Rückgabe des vom Besteller gestellten Stoffes

Das Arbeitssubstrat hat der Unternehmer, sofern es im Zeitpunkt der Durchführung der Wandlung noch in seinem Besitz ist, an den Besteller herauszugeben.

---

136) vgl. S. 107 ff

cc) Ergebnis

Der Unternehmer ist verpflichtet, die Nebensache von der Hauptsache auf seine Kosten abzutrennen und wegzunehmen und den etwa bereits bezahlten Werklohn zurückzuzahlen. Der Besteller ist berechtigt, den von ihm zur Verfügung gestellten Stoff in dem Zustand nach Wegnahme der Nebensachen herauszuverlangen. Ein Ausgleich in Geld für die geleistete Arbeit gem. § 346 S.2 BGB findet i.d.R. nicht statt.

b) Die Rückgewähr im Falle der Nichtabtrennbarkeit des Werkes bestehend aus Zutaten und Arbeit von der Hauptsache

Beispiele:
Hausanstrich; Tapezieren der Räume eines Hauses [137];
Bei vielen Werkverträgen i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB werden die vom Unternehmer gelieferten Nebensachen derart durch die Leistung des Unternehmers mit der Hauptsache, dem vom Besteller gestellten Stoff, verbunden, daß eine Trennung nicht möglich ist, ohne daß die eine oder andere Sache zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. Auch ist es möglich, daß die Zutaten zwar von dem Hauptstoff getrennt werden können, durch ihre Abtrennung von dem Hauptstoff aber erheblich in ihrem Wert gemindert oder gar wertlos werden. Im wesentlichen handelt es sich dabei um Fälle, in denen die Zutaten wesentliche Bestandteile i.S.d. §§ 93,94 BGB werden [138].

aa) Die Problemstellung von der Umwandlungslehre aus

Geht man von der Umwandlungslehre aus, so ist im Rahmen des in Form eines Abwicklungsverhältnisses bestehen gebliebenen Werkvertrages im Hinblick auf die Umkehr der Leistungspflichten in ihr Gegenteil vom Besteller grundsätzlich der gestellte Stoff zur Wegnahme des Werkes bestehend aus am Stoff des Bestellers be- und verarbeiteten Zutaten - Zutaten und Arbeitsleistung - zur Verfügung zu stellen und die Wegnahme zu dulden; vom Unternehmer das Werk wegzunehmen, m.a.W. die Zutaten abzutrennen und zu entfernen und den Stoff herauszugeben.

---

137) dazu wird auch das Färben und Reinigen von Textilien zu rechnen sein, eingehend G. Schmidt Rdnr. 4 S. 45 f, Rdnr. 18 S.52; Esser II § 79 I 2

138) zum Begriff "wesentlicher Bestandteil" vgl. im einzelnen Lehmann/Hübner § 50 IV S. 380 f

Wie ist die Wandlung durchzuführen, wenn es sich bei den Zutaten um wesentliche Bestandteile i.S.d. § 93 BGB handelt, also um solche, die nicht von einander getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere zerstört wird? Ist dann die Rücknahme der Werkleistung "in natura" stets als unmöglich anzusehen sei es, daß die Trennung der Zutaten von der Hauptsache physisch unmöglich oder nicht ohne wirtschaftliche Nachteile für den Besteller und den Unternehmer zu bewerkstelligen ist mit der Folge, daß eine andere Lösung für die Frage der Rückgewähr der Werkleistung gefunden werden muß? Das wird in der Tat von zahlreichen Autoren angenommen [139].

bb) Der Lösungsversuch über § 951 BGB

Als Lösung wird dann zumeist § 951 BGB vorgeschlagen. Der Unternehmer soll, weil er das Eigentum an den gelieferten Nebensachen kraft Gesetzes (§§ 946 ff BGB) verloren hat, einen Anspruch auf Vergütung in Geld haben [140]. Eine Begründung für diesen Weg wird nicht gegeben, außer daß "nur" eine Bereicherungshaftung nach § 951 BGB bleibt [141].

Vom Boden der Umwandlungslehre aus ist § 951 BGB gar nicht anwendbar: Zwar hat der Unternehmer auf Grund der §§ 946 ff BGB das Eigentum an den von ihm gelieferten und für das Werk verwendeten Zutaten verloren, aber § 951 BGB kann nicht angewendet werden, wenn ein Vertrag vorhanden ist, der Rechtsverlust also cum causa auf Grund eines Vertrages erfolgt ist. Der Vertrag geht vor. Da bei der Wandlung eines Vertrages der Vertrag bestehen bleibt und lediglich seine Erscheinungsform in die eines Abwicklungsverhältnisses ändert, ist der Rechtsverlust auf den Vertrag zurückzuführen, der auch durch die Wandlung nicht ex tunc oder ex nunc aufgehoben wurde. Mit § 951 BGB kann also

---

139) Knappich S.91 ohne Begründung; Frisch S.48 mit Fn.2; incidenter Ortmayer S.30 und Simons S.42; vgl. aber Engels S.65

140) Soergel/Ballerstedt § 634 Rdnr.15; Staudinger/Riedel § 634 Rdnr. 10 d S.1719; Engels S.75; Knappich S.92; Wahl S.41; Oertmann § 634 Anm.4 u. Recht 1920, Sp. 156 oben

141) Oertmann Recht 1920, Sp. 156 oben

nicht geholfen werden [142], abgesehen davon, daß § 951 BGB nur ein Fall der Eingriffskondiktion ist, das Werk aber auf Grund des Werkvertrages geleistet wurde und eine Leistungskondiktion nach § 812 BGB deswegen entfällt, weil der Rechtsgrund der Leistung, der Werkvertrag durch die Wandlung nicht entfallen ist [143]. Im übrigen paßt § 951 BGB auch deswegen nicht, weil es um einen Wertausgleich nicht für den Verlust des Eigentums an den Zutaten, sondern für eine dem Unternehmer nicht in Natur zurückgewährbare Werkleistung bestehend aus in Verwendung von Zutaten am bestellereigenen Stoff verrichteter Arbeit geht, und § 951 BGB nur einen Anspruch auf den Wert der Nebensachen gibt, nicht aber auf den Wert der wenn auch fehlerhaften Werkleistung. § 951 BGB umfaßt nämlich nicht den Wert des Einbaus, der Verarbeitung [144].

cc) Der Lösungsversuch über § 997 BGB

Andere, überwiegend ältere Literatur will mit § 997 BGB helfen und dem Unternehmer ein Abtrennungsrecht zubilligen [145], wobei auf § 347 S. 2 BGB verwiesen wird [146].

Dem ist entgegen zu halten, daß § 347 BGB nur die Fälle der Verschlechterung, der Nutzung und der Verwendungen betrifft, die nach der Leistung erfolgt sind, während die Verbindung des gestellten Stoffes mit den gelieferten Zutaten und anderen Nebensachen zu wesentlichen Bestandteilen sich gerade als die geschuldete Leistung darstellt, also nicht nach Erhalt der Leistung stattgefunden haben kann. Im übrigen ist nicht ersichtlich, daß § 347 BGB die Anwendbarkeit des § 997 BGB überhaupt vorsieht. Hinzukommt, daß die Anwendbarkeit des § 997 BGB in den Fällen, in denen die Wegnahme ohne Zerstörung der Hauptsache nicht möglich ist, ausgeschlossen ist (vgl. § 258 BGB) und der Unternehmer dann keine Möglichkeit hat, für die Nebensachen einen Ausgleich zu verlangen, wenn dem Besteller ein Wert bleibt.

---

142) ebenso, wenn auch ohne Begründung: Ortmayer S.30; Frisch S. 48, einschränkend Fn. 6
143) vgl. oben S.23 f
144) Palandt/Degenhardt § 951 Anm. 2 c bb
145) Frisch S.48; Ortmayer S.30; Engels S.75; vgl. aber auch Soergel/Ballerstedt § 634 Rdnr.15
146) Frisch S. 48

dd) Der Lösungsversuch über § 994 Abs. 2 BGB

Entsprechend dem § 997 BGB wird auch der Anwendbarkeit des § 994 Abs. 2 BGB über § 347 S. 2 BGB das Wort geredet, weil man die Zutaten unter den Begriff der Verwendung bringt [147].

"Da die Herausgabe der vom Unternehmer gelieferten und verarbeiteten Zutaten häufig schon zur Zeit der Ablieferung unmöglich sein wird, so werden praktisch in Ansehung der Zutaten meist die Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen in Betracht kommen"[148].

Diese Gedankenführung ist schon deswegen nicht richtig, weil die Aufwendungen - falls die in § 651 BGB als Nebensachen qualifizierten Zutaten überhaupt als Aufwendungen anzusehen sind - vor der Ablieferung des Werkes, also vor dem Empfang der Leistung, getätigt worden sind, während § 994 Abs. 2 BGB über § 347 S. 2 BGB einen Verwendungsersatzanspruch des Leistungsempfängers für Verwendungen nach Erhalt der Leistung begründet. Ein Ersatzanspruch für die Zutaten als Verwendungen aus § 994 Abs. 2 BGB ist daher abzulehnen [149].

ee) Die eigene Lösung

aaa) Grundsätze

Auf Grund des Rückabwicklungsschuldverhältnisses hat der Unternehmer seine Leistung "wieder abzubauen", durch eigene Leistung rückgängig zu machen, und daher sein Werk, die Zutaten, abzutrennen, den Stoff an den Besteller herauszugeben.

Das setzt Trennbarkeit der Werkleistung von dem gestellten Stoff voraus. Das führt zu der Frage, in welchen Fällen das Werk bestehend aus Zutaten und Arbeit am gestellten Stoff abtrennbar ist und wann nicht.

bbb) Die Trennbarkeit der Zutaten vom bestellereigenen Stoff; die Abgrenzung zwischen Trennbarkeit und Untrennbarkeit

Dabei kann es auf die Einteilung in wesentliche

---

147) Goldmann/Lilienthal S.650 Fn.27; vgl. auch Soergel/Ballerstedt § 634 Rdnr.16;
148) Goldmann/Lilienthal aaO
149) vgl. Knappich S.93; § 994 Abs. 1 BGB und § 996 BGB sind aus demselben Grunde nicht anwendbar; vgl. im übrigen oben S. 80 f

oder unwesentliche Bestandteile nicht ankommen, da der Inhalt der §§ 93 ff, 97 ff BGB für das Vorliegen eines Werkvertrages i.S.d. §651 Abs. 2 zwar Anhaltspunkte bietet, aber rechtlich nicht unbedingt maßgebend für § 651 Abs. 2 BGB ist [150], schon gar nicht für die Frage der Rückgewähr bei der Wandlung. Die Differenzierung der Möglichkeit der Rückgewähr der Zutaten "in natura" danach, ob ein wesentlicher Bestandteil i.S.d. § 93 BGB vorliegt oder nicht - liegt ein wesentlicher Bestandteil nicht vor, Trennung möglich, sonst nicht - ist nicht anzuwenden. Denn in § 93 BGB wird nicht gesagt, daß die Bestandteile gar nicht getrennt werden können, sondern nur, daß dabei der eine oder andere zerstört wird.
Auf die rechtliche Einordnung der Zutaten kommt es nicht an, sondern darauf, ob das Werk durch Wiederansichnahme (der Zutaten) zurückgewährt werden kann. Ob die Zutaten in dem vom Unternehmer gelieferten Zustand zurücknehmbar/abtrennbar sind, ist nicht entscheidend, auch auf die Kosten der Trennung kommt es nicht an, denn der Unternehmer hat schließlich durch seine fehlerhafte Leistung zur Wandlung den Anlaß gegeben. Sofern die beigefügten Zutaten sich vom Hauptstoff trennen lassen, ist ihre Rückgewähr in Natur ohne Rücksicht auf die Kosten der Trennung grundsätzlich möglich [151].
Eine Einschränkung ist lediglich dahin zu machen, daß die Zutaten, die zurückgenommen werden sollen, in ihrem abgetrennten Zustand überhaupt noch einen Wert repräsentieren. Ist das nicht der Fall - wie z.B. bei der Wandlung eines Vertrages über den Anstrich eines Hauses, die Farbe ist zwar abkratzbar, aber im abgekratzten Zustand völlig wertlos - , dann muß in der Tat die Rückgewähr des Werkes in Natur als unmöglich angesehen werden. Der Besteller muß das Werk in der vom Unternehmer unter Verwendung der Zutaten gebrachten Form, also den gestalteten Stoff, so wie es ist, behalten; eine Rücknahme der Nebensachen findet nicht statt. Es ist allenfalls wie beim "reinen" Werkvertrag an einen Wertausgleich in

---

150) vgl. Staudinger/Riedel § 651 Rdnr.5
151) davon geht wohl Riezler S.120 Mitte aus; vgl. auch Knappich S.93; Schöller Gruch 46 (1903) 259

Geld in Anwendung des § 346 S. 2 BGB bei objektiver Werterhöhung des gestellten Stoffes durch den Besteller an den Unternehmer zu denken.
Auch in den Fällen, in denen die Zutaten, wenn auch verändert und nicht in ihrem vollen Wert zurückgenommen werden können, ist die Grenze dahin zu ziehen, daß durch die Trennung der Zutaten vom gestellten Stoff keine wirtschaftlichen Werte zerstört werden dürfen. Hat die bestellereigene Sache in diesen Fällen, in denen i.d.R. die Arbeitsleistung eine wesentliche Rolle spielt, der Wert der verwendeten Zutaten in den Hintergrund tritt, noch eine über den Wert der Zutaten, wenn sie abgetrennt werden, hinausgehende objektive Wertsteigerung erfahren, so ist zwar die Trennung der Zutaten als tatsächlich möglich aber als wirtschaftlich unmöglich und damit rechtlich unmöglich anzusehen, weil die abgetrennten Zutaten in diesen Fällen das Werk nicht allein repräsentieren, sondern die Arbeitsleistung, die dann im Falle der Abtrennung der Zutaten ihren Wert völlig verlieren würde, hinzutritt mit der Folge, daß, um nicht wirtschaftliche Werte zu zerstören, die fehlerhafte Werkleistung dem Besteller zu verbleiben hat. Der Besteller ist dann gehalten, wie noch auszuführen sein wird, einen Ausgleich in Geld zu zahlen.
Ferner ist die Rückgewähr der Zutaten dann unmöglich, wenn mehrere Unternehmer am gestellten Stoff mit von ihnen gelieferten Zutaten gearbeitet haben und die Leistung, die auf Grund eines Vertrages, der gewandelt wurde, wegen der Leistungen der anderen nicht trennbar oder nur so trennbar ist,daß alle anderen Leistungen - obwohl mangelfrei - gleichwohl zerstört werden. Das ist vor allem bei Bauwerken der Fall, bei denen mehrere Unternehmer verschiedene Leistungen übernehmen [152].
Diese Überlegungen führen zu folgendem Schluß:
Die Durchführung der Wandlung durch Abtrennung und Entfernung der Zutaten ist in folgenden Fällen wegen tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur durch Rücknahme des Werkes nicht gegeben:

---

152) dazu vgl. unten S. 207 ff

a) die Trennung ist tatsächlich unmöglich,wenn die Rücknahme, Abtrennung der Nebensachen dazu führt, daß die Nebensachen keinen wirtschaftlichen Wert mehr repräsentieren;
b) die Trennung gilt als rechtlich unmöglich, wenn die Nebensachen zwar abgetrennt werden können, die Werkleistung aber wegen der erbrachten Arbeitsleistung trotz der Fehlerhaftigkeit des Werkes zu einer Wertsteigerung des Arbeitssubstrates geführt hat, die über dem Wert der Nebensachen liegt, wenn sie abgetrennt werden.
Das gilt nicht, wenn die Werkleistung bestehend aus der Be- und Verarbeitung am gestellten Stoff nur den Materialwert der abtrennbaren Nebensachen aufweist, weil die Arbeitsleistung zusammen mit den Zutaten nicht zu einer über den Materialwert der Zutaten hinausgehenden Wertsteigerung des bestellereigenen Stoffes geführt hat. Dann ist die Werkleistung als völlig wertlos anzusehen mit der Folge, daß durch die Abtrennung der Nebensachen wirtschaftliche Werte nicht zerstört werden und die Wandlung durch Abtrennung und Entfernung der Zutaten durchzuführen ist;
c) die Trennung ist tatsächlich, ggf. rechtlich unmöglich, bei Beteiligung mehrerer Unternehmer auf Grund selbständiger Verträge an einem Werk.

ccc) Die Rückgewähr bei Unmöglichkeit der Abtrennbarkeit der Nebensachen

Während die Durchführung der Rückgewähr bei abtrennbaren Zutaten bereits erörtert wurde [153], bedarf es noch der Klärung, wie bei im oben erörterten Sinne untrennbaren Zutaten die Wandlung durchzuführen ist.

Ansatzpunkt ist auch in diesem Fall § 346 S. 2 BGB.

Bereits 1899 schreibt Dernburg:

"Lag dem Unternehmer ob, eine Sache des Bestellers zu bearbeiten, so können Zutaten, welche deren wesentliche Bestandteile wurden, nicht zurückgefordert werden, daher ist der Wert nach § 346 dem Unternehmer bei der Wandlung zu vergüten, § 467 BGB" [154]

Eine Begründung für diese Ansicht gibt Dernburg nicht. Sie ist wiederholt bekämpft worden [155], und zwar im wesentlichen damit, daß der Wortlaut des § 346 S. 2 BGB sie nicht zu stützen vermöge [156]. Der Wortlaut als solcher trägt diese Auffassung freilich nicht.

---

153) vgl. oben S. 152 ff
154) II § 320 III S. 438; aufrechterhalten von Raape in der 4. Aufl. 1915 II, 2 § 320 III S. 537
155) Ortmayer S. 30; Simons S.42 Fn. 1; Knappich S.92 Engels S. 75 Fn. 21
156) Ortmayer S. 30; Frisch S.48

Man muß aber auf den in § 346 S. 2 BGB für Einzelfälle zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken zurückgreifen, der auch in sonstigen Fällen, in denen die Rückgewähr "in natura" nicht möglich ist, anwendbar ist: Ist die tatsächliche Rückgewähr der Leistung nach der Natur der Sache ausgeschlossen, so ist der dem Rückgewährpflichtigen verbleibende Wert der Leistung zu ersetzen [157].

Ausgangspunkt für die Frage, welcher Wert zu ersetzen ist, sind die Ausführungen Oertmanns in seinem wiederholt genannten Aufsatz zur Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen [158].
Im Hinblick auf die §§ 346, 347 BGB trennt Oertmann zunächst zwischen der Frage der Rückgewähr von Sachen, die der Werkmeister in das Werk eingefügt oder sonst zum Zwecke der Werkherstellung aufgewendet hat und deren Rücknahme unmöglich ist, und der Frage des Ersatzes der zur Werkherstellung aufgewandten Tätigkeit des Unternehmers "als solcher". Für die nicht zurücknehmbaren Sachen gewährt er einen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung "nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze", dessen Wert er für den Unternehmer allerdings bezweifelt, "da das Vermögen des Bestellers durch die mißlungene oder doch mangelhafte Herstellung wohl nur ausnahmsweise in meßbarer Weise vorteilhaft beeinflußt sein wird". In einem gewissen Gegensatz dazu steht, daß er dem Unternehmer dann in sinngemäßer Anwendung des § 346 BGB "die Gegenleistung allein in Höhe des Wertes der vollzogenen und dem Besteller verbleibenden Werkleistung" zuspricht. Damit läßt er offenbar den Bereicherungsanspruch wegen der Zutaten fallen, denn die Werkleistung verbleibt dem Besteller nur dann, wenn ihm sämtliche "Substrate", also der eigene Stoff und die vom Unternehmer gelieferten Materialien in der am Stoff verarbeiteten Form verbleiben. Mit der "Gegenleistung allein in Höhe des Wertes der vollzogenen und dem Besteller verbleibenden Werkleistung" werden zugleich die vom Unternehmer verwendeten Materialien mitabgegolten.

157) vgl. ausführlich zum "reinen" Werkvertrag mit Nachweisen oben S. 116 ff
158) Recht 1920 Sp. 153 ff

Das muß schon deswegen so sein, weil die Materialien und die Arbeitsleistung gerade das Werk darstellen, das dem Besteller verbleibt.
Mißverständlich ist allerdings die Formulierung "Gegenleistung allein in Höhe des Wertes der ... dem Besteller verbleibenden Werkleistung". Das deutet daraufhin, daß Oertmann von der Gegenleistung, dem vereinbarten Werklohn, ausgeht und der Besteller den dem Wert des fehlerhaften Werkes entsprechenden Teil der vertraglich vereinbarten Vergütung dem Unternehmer zu entrichten hat, die höher oder niedriger als der objektive Wert des mangelhaften Werkes liegen kann. Oertmann ist indes für einen derartigen Wertvergleich nicht eingetreten. Bei der Erörterung des § 346 BGB führt er nämlich aus, daß bei der "entsprechenden" Anwendung dieser Vorschrift zur Berechnung des vom wandelnden Besteller zu leistenden Betrages der "Gesichtspunkt der Gegenleistung ganz fallen zu lassen" und der "Wert der ihm gemachten und verbleibenden Leistung zugrunde zu legen" sei [159]. Auch in der Zusammenfassung [160] kommt klar zum Ausdruck, daß der Unternehmer weder die volle noch die geminderte vertragliche Gegenleistung erhält, sondern nur den Wert des Arbeitsergebnisses in Geld ersetzt erhält, was Oertmann wohl im Hinblick auf den Wortlaut des § 346 S. 2 BGB als "Vergütung" bezeichnet. Oertmann stellt zudem selbst klar [161], daß der Unterschied zur Minderung darin besteht, daß bei ihr die vertraglich vereinbarte Vergütung grundsätzlich geschuldet bleibt und nur nach § 472 BGB herabgesetzt wird. Bei dem Wertausgleich, wie Oertmann ihn versteht, entfällt die Gegenleistung völlig, es wird nur der Wert der dem Besteller verbleibenden Leistung "vergütet".
Diese Ausführungen entsprechen den zum Wertausgleich beim "reinen" Werkvertrag gemachten [162].
Für den Fall des Werkvertrages i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB ist § 346 S. 2 BGB daher wie folgt zu lesen:
Für ein nicht trennbares Werk bestehend aus Verarbeitung von Nebensachen an einem gestellten Stoff ist der objektive Wert der dem Besteller verbleibenden Werkleistung zu entrichten.

---

159) aaO Sp. 158
160) aaO Sp. 159
161) aaO Sp.158 a.E.
162) vgl. oben S. 116 ff

Nun will allerdings neuestens Koller [163] das unter dem Stichwort "aufgedrängte Bereicherung" für das Gebiet des Verwendungsersatzes und der Aufwendungskondiktion angestrebte subjektive Verständnis der Begriffe "Wert" (§ 818 Abs. 2 BGB) und "bereichert" (§ 818 Abs. 3 BGB) für den Wertausgleich nach § 346 S. 2 BGB gerade für die Fälle des § 651 Abs. 2 BGB für die Berücksichtigung der Bedürfnisse des Bestellers über § 327 S. 2 BGB i.V.m. § 818 Abs. 3 BGB oder "auf der Grundlage der nach Vorstellung des Gesetzgebers anwendbaren Rücktrittsrechts" (§§ 350 ff BGB) "angesichts der engen Verbindung zwischen Bereicherungs- und Rücktrittsrecht" anwenden. Wie bereits zum Wertausgleich beim "reinen" Werkvertrag ausgeführt [164], paßt die Übertragung des zu § 951 BGB bei unbefugtem schuldlosen Eingriff in einen fremden Rechtskreis entwickelten Wertausgleich auf den Wertausgleich bei der Wandlung bei dem Besteller verbleibender Werkleistung nicht. Das gilt insbesondere für die Fälle des § 651 Abs. 2 BGB. Es geht nicht an, den Unternehmer bei einem unter Zuhilfenahme von Materialien wenn auch fehlerhaft erstellten Werkes wegen der Unmöglichkeit der Rückgewähr "in natura" bei dem Wertausgleich im Rahmen eines Vertrages auf ein subjektives Verständnis der Werterhöhung zu verweisen. Es ist zwar richtig, daß der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit des Werkes "zu vertreten" hat. Er hat aber nicht unerhebliche eigene Material- und Arbeitsaufwendungen gehabt, deren Wert ihm, was die objektive Wertsteigerung anbelangt, durch Berücksichtigung der Situation des Bestellers nicht geschmälert werden dürfen. Beide Interessen müssen einem angemessenen Ausgleich zugeführt werden, der nur so aussehen kann, daß der Besteller das fehlerhafte Werk gegen Ersatz der objektiven Wertsteigerung übernimmt und dann ggf. einen anderen mit der Fertigstellung beauftragt und der Unternehmer nicht die vertragliche Vergütung, sondern lediglich den Ausgleich in Geld für die von ihm angebrachte Wertsteigerung am Stoff des Bestellers erhält.

---

163) B 1974, 2385 ff, 2558 f
164) vgl. oben S. 123 f

In vielen Fällen - etwa Anstrich eines Hauses - wird allerdings ein solcher Wertausgleich entfallen, weil das sich in Materialien am Stoff des Bestellers darstellende Werk wegen seiner Fehlerhaftigkeit zumeist als völlig wertlos herausstellen wird.

ddd) Ergebnis

Falls das Werk in der Form der Zutaten vom Stoff trennbar ist,

hat der Unternehmer

die etwa bereits erhaltene Vergütung zurückzuzahlen,
die zur Ausführung der Werkherstellung verwendeten Materialien abzutrennen, wieder auszubauen, von dem Stoff zu lösen und zu entfernen, mit einem Wort: wegzunehmen,
den Stoff nach Abtrennung der Materialien (Nebensachen) an den Besteller herauszugeben;

hat der Besteller,

sofern das Werksubstrat sich in seinem Besitz befindet, es zur Entfernung der Materialien (Nebensache) dem Unternehmer zur Verfügung zu stellen und die Trennung und Wegnahme der Zutaten zu dulden.

Das Werk fällt also an den Unternehmer in Gestalt der abgetrennten Zutaten im wesentlichen zurück. Der Unternehmer bekommt für seine Herstellungs-, Einfügungs- und sonstige Tätigkeit mittels der von ihm gestellten Materialien nichts, weil in den Fällen, in denen die Nebensachen an den Unternehmer zurückgehen, dem Besteller i.d.R. kein Arbeitsergebnis verbleibt, das in Anwendung des § 346 S.2 BGB "zu vergüten" wäre.
Die Durchführung der Wandlung erschöpft sich in diesem Fall auf Grund der Umkehr der Leistungspflichten wegen der Umwandlung des Werkvertrages in ein Abwicklungsverhältnis durch die Wandlung zumeist in der Wiederentfernung und Wegnahme der Nebensachen durch "Rückleistung".

Falls das Werk in Form der Nebensachen nicht abtrennbar ist, die Rückgewähr in Natur tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist,

hat der Unternehmer

den etwa schon erhaltenen Werklohn zurückzuzahlen (die Verrechnung mit dem Anspruch des Unternehmers auf den Wertausgleich gem. § 346 S.2 BGB ist möglich mit der Folge, daß die Differenz zwischen Werklohn und Wertausgleich zu erstatten ist),

das Arbeitssubstrat so, wie es ist, an den Besteller herauszugeben;

hat der Besteller

statt des vereinbarten Werklohnes den objektiven Wert der ihm verbleibenden Werkleistung in Anwendung des Rechtsgedankens des § 346 S.2 BGB in Geld auszugleichen, soweit das gestellte Arbeitssubstrat durch die Werkleistung eine objektive über den Wert der Materialien im Falle der Trennung hinausgehenden Wertzuwachs erfahren hat.

Bei der Anfügung oder Verarbeitung von Material an gestelltem Arbeitssubstrat kommt ein derartiger Wertausgleich eher in Betracht als beim "reinen" Werkvertrag, bei dem die mangelhafte Leistung i.d.R. zu einer Wertsteigerung des Stoffes nicht führt [165]. Ist das Werk gar nichts wert, so erhält der Besteller nichts.

c) Die Durchführung der Wandlung bei einigen § 651 Abs. 2 BGB unterfallenden Vertragstypen

Ausgehend von der allgemeinen Lösung soll nunmehr unter Berücksichtigung der teilweise abweichenden Spezialliteratur und der Rechtsprechung die Durchführung der Wandlung bei einigen Vertragstypen des § 651 Abs. 2 BGB erörtert werden.

aa) Die Durchführung der Wandlung von Werkverträgen über die Herstellung, Veränderung oder Reparatur einer beweglichen Sache unter Lieferung von Zutaten und anderen Nebensachen

Beispiele:
Anfertigung eines Anzuges aus vom Besteller gestelltem Stoff;
Änderung eines Anzuges des Bestellers;
Reparatur eines Kraftfahrzeuges

Der Besteller erhält, weil er den Stoff gestellt hat, den verschnittenen Stoff, den fehlerhaften Anzug, zurück [166]. Werklohn erhält der Unternehmer nicht. Ein Wertausgleich in Anwendung des § 346 S. 2 BGB findet nicht statt, weil der Stoff eine Wertsteigerung nicht erfahren hat, im Gegenteil; er wurde verdorben. Dieses Risiko trägt der Besteller, solange den Unternehmer kein Verschulden trifft, wovon bei der Wandlung ausgegangen wird. Auch einen Anspruch wegen des Futters, der Knöpfe und der Arbeitsleistung hat der Unternehmer

---

165) vgl. oben S. 105 ff
166) vgl. Levy S. 36

nicht [167], und zwar wegen des Futters und der Knöpfe schon deswegen nicht, weil dieses Material abtrennbar ist und daher vom Unternehmer wegzunehmen ist, ihm also verbleibt, wegen der Arbeit nicht, weil der vertraglich vorgesehene Erfolg nicht eingetreten ist und dem Besteller nichts verbleibt.

Bei der Reparatur von Kraftfahrzeugen werden üblicherweise Ersatzteile eingebaut, die sich leicht wieder entfernen lassen, die Nebensachen sind also trennbar. Bei der Wandlung des Kraftfahrzeugreparaturvertrages ist der Unternehmer gehalten, die in Ausführung der Reparatur eingebauten Ersatzteile wiederauszubauen und dem Besteller das Kraftfahrzeug nach der Herausnahme der Nebensachen zu überlassen. Für die geleistete Arbeit erhält der Unternehmer nichts. Denn mit der Rückgewähr des Materials ist das Arbeitsergebnis an den Unternehmer zurückgefallen; dem Besteller bleibt nichts, was noch irgendeinen Wert hätte.

bb) Die Durchführung der Wandlung bei Lieferverträgen mit Montageverpflichtung der Fallgruppe "Einbau"

aaa) feste Verbindung einer Hauptsache mit einer Nebensache

Beispiel:
Lieferung und Einbau eines Kessels in ein Schiff

Der Unternehmer hat den trennbaren Schiffskessel auf seine Kosten aus dem Schiffskörper zu entfernen und wegzuschaffen. Den Kessel erhält er zurück, für die Herstellung, Einfügung und sonstige Tätigkeit erhält er nichts, da das Arbeitsergebnis, der Kessel, dem Hersteller durch "Rückleistung" zufällt und das Schiff als Arbeitssubstrat des Bestellers durch die Tätigkeit des Herstellers eine Wertsteigerung nicht erfahren hat.

---

167) unzutreffend daher Goldmann/Lilienthal S. 650 Anm. 28 : dem Unternehmer wird ein Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen gegeben, wenn der Besteller den Anzug "auf Grund seines Anspruchs auf Herausgabe des Stoffes" behält, allerdings "nur", "soweit" der Besteller "bereichert ist". Wenn der Anzug gänzlich unbrauchbar ist, so soll jeglicher Anspruch entfallen. Offenbar wird bei Goldmann/Lilienthal davon ausgegangen, daß der Besteller wegen seines Eigentums den Stoff nebst Zutaten erhält und dann für die Zutaten einen Ausgleich zu zahlen hat. Das ist eine sachenrechtliche Lösung, die mit der Rückabwicklung im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses nicht vereinbar ist.

bbb) feste Verbindung eines gelieferten Gegenstandes mit einem Grundstück

Beispiel: Herstellung und Lieferung eines Öltanks und seine Einlassung in den Grund und Boden

Auch in diesem Fall ist von der Trennbarkeit auszugehen: Der Öltank kann ohne weiteres aus dem Erdreich entfernt werden. Die Wandlung verkehrt die Leistungspflichten in ihr Gegenteil. Der Unternehmer hat den Öltank aus dem Grundstück herauszunehmen und von dem Grundstück zu entfernen. Einen Werklohn erhält der Unternehmer nicht

ccc) Lieferung, Zusammenbau und Einbau von Sachen

Beispiele:
Gegenstand des Vertrages ist die Errichtung einer Elektrizität erzeugenden Maschinenanlage. Die Anlage soll aus einer Verbindung von drei an sich beweglichen Maschinen bestehen, nämlich ein Dampfkessel nebst Speisepumpe, Dampfmaschine und Dynamo, und war für die Druckerei des Bestellers bestimmt. Die Maschinen sind in dem Gebäude aufzustellen und standfest zu machen [168].

Der Vertrag sah die Lieferung einer "Kanaltrocknungsanlage für Gelatine fix und fertig in Betrieb gesetzt", in "f. Ausführung", "tadelloses Funktionieren und tadelloses Trocknen" war ausbedungen, die Zahlung sollte erst nach nachgewiesenem Erfolg geleistet werden [169]. Der Besteller wies "die Leistung in ihrer Totalität zurück" und "erwartet Wiederentfernung des Werkes", worin das Gericht eine "Rückgängigmachung des Vertrages (Wandlung)" sah.

Der Unternehmer hatte vertragsgemäß für einen Gipsbruch des Bestellers eine Wagenförderungsanlage zu liefern, auf der die mit Gips beladenen Wagen mit Maschinenkraft an einem Drahtseil aus dem Bruch geschafft werden sollten. Nach der "Anmontierung" ließ der Besteller, weil die Anlage ungenügend war, die Drahtseile abnehmen [170].

---

168) vgl. RG v. 17.12.09 Recht 1910 Nr. 307=JW 1910,106 Nr.5= ElsLothZ 35,67, wo allerdings die standfeste Aufstellung auf Rechnung des Bestellers,wenn auch nach Anweisungen des Unternehmers durch Dritte durchgeführt werden sollte; das RG wertet den Vertrag nicht als "Bauwerk" sondern als "Arbeiten an einem Grundstück" i.S.d. § 638 Abs. 1 S.1 BGB; richtiger wohl Vertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB, wenn das Zusammenbauen und Aufstellen im Sinne einer Infunktionssetzung überwiegt, sonst Werklieferungsvertrag i.e.S. mit Nebenpflichten; die Klage auf Wandlung, "Beseitigung des Werkes" wurde wegen Verjährung abgewiesen.

169) RG v. 27.5.04 RGZ 58, 173=JW 1904,468 Nr. 6; das RG geht zutr. von einem Werkvertrag aus: eine Neukonstruktion und ihr Inbetriebsetzen sind geschuldet.

170) OLG Stuttgart v. 8.7.10 SA 67 Nr. 3 S.5, zutr. wird Werkvertrag angenommen, weil eine besondere Konstruktion der Anlage für die Betriebsstätte des Bestellers erforderlich war.

Weil das Werk in den Fällen Lieferung, Zusammenbau und Einbau in Form der Materialien abtrennbar ist, ist der Besteller bei Wandlung des Werkvertrages wegen der Umkehr der Vertragspflichten berechtigt, außer der Rückzahlung des Werklohnes auch den Ausbau und den Abtransport der gelieferten und eingefügten Anlage zu fordern. Der Unternehmer ist neben der Rückzahlung des Werklohnes verpflichtet, das von ihm Gelieferte auf seine Kosten zu entfernen.
Im ersten Beispiel sind die zu einer Anlage zusammengeschlossenen drei Maschinen der Elektroanlage aus dem Gebäude zu entfernen.
Im zweiten Beispiel ist die Kanaltrocknungsanlage aus dem Grundstück des Bestellers herauszunehmen und fortzuschaffen.
Im dritten Beispiel hat der Unternehmer die Wagenförderungsanlage wegzunehmen.
Da der Unternehmer sein Material, das im wesentlichen die Werkleistung ausmacht, zurückerhält und dem Besteller von der Werkleistung nichts verbleibt, ist ein Ausgleich i.S.d. § 346 S.2 BGB nicht zu zahlen. Soweit der Besteller, was die Rücknahmepflichten des Unternehmers anbelangt,selbst tätig wurde, wie im dritten Beispiel, hat er einen Anspruch gegen den Unternehmer aus Geschäftsführung ohne Auftrag [171].

cc) Die Durchführung der Wandlung bei Bauverträgen
Ein Bauwerkvertrag ist "ein Werkvertrag, der die Herstellung eines Bauwerks oder Bauwerkteils zum wesentlichen Vertragsinhalt hat" [172].
Ein Bauwerk ist eine unbewegliche durch Verwendung von Arbeit und bodenfremdem Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache [173]; also Hoch- und Tiefbauten, Kanalanlagen. Darunter fallen auch der individuelle Einbau von Lichtanlagen [174], Zentralheizungen und Aufzügen, so daß sich Überschneidungen mit der Fallgruppe Lieferung, Zusammenbau, Einbau [175]

---

171) vgl. oben S.61 ff
172) Oertmann ArchBR 38,169 ff; aus der Sicht des § 638 BGB von Craushaar NJW 1975, 993
173) BGH v. 22.4.64 LM Nr. 7 zu § 638 BGB "Splittdecke auf einem Tankstellengelände 'Makadamdecke'"; vgl. § 2 II 1 MBauO
174) vgl. BGH v. 22.11.73 WPM 1974,80 "Nachträglicher Einbau einer Klimaanlage in ein Druckereigebäude"
175) vgl. oben S. 146

ergeben können. Es muß sich allerdings um Verträge handeln, die über die bloße Montage, Aufstellen und Einlassen in ein Grundstück hinausgehen. Auch die Erstellung einzelner Teile eines Bauwerks (Böden, Fenster, Dächer) reicht für die Annahme eines Bauvertrages aus[176]. Ebenso sind darunter Erneuerungsarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk zu verstehen, wenn sie selbst ein Bauwerk im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs darstellen[177]. Da der Unternehmer i.d.R. die Baumaterialien liefert, ist der Bauvertrag im allgemeinen ein Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB, weil das Grundstück oder bei Teilarbeiten das bereits stehende Gebäude als Hauptstoff anzusehen ist[178]. Diese in der Praxis übliche Form des Bauvertrages ist nunmehr unter dem Gesichtspunkt der Durchführung der Wandlung zu erörtern.

Beispiele:

"Hausbaufall"
Der Bauherr überträgt dem Bauunternehmer die Errichtung eines Hauses in konventioneller Bauweise. Das Bauwerk zeigt zahlreiche Mängel, die der Bauunternehmer trotz Fristsetzung nicht beseitigt. Der Bauherr beruft sich auf Wandlung.

"Mauerfall"
An einem Hanggrundstück hat der Bauunternehmer entsprechend seinem Angebot "Ich baue Ihnen eine Mauer in Höhe von 180 cm. Sie brauchen sich um nichts zu kümmern" eine Stützmauer zu bauen.
Es stellt sich heraus, daß eine Standfestigkeit infolge unterbliebener oder fehlerhafter statischer Berechnungen nicht gegeben ist. Der Mangel ist durch Abstützen der Mauer und durch Erweiterung der Fundamentierung nachbesserbar.
Im übrigen fehlt die Genehmigungsfähigkeit der Mauer wegen Verstoßes gegen Bauplanungsrecht. Ein Dispens wird nicht erteilt.

"Ofenfall"
Ein Ofensetzer hatte 1961 in den Rohbau des Bestellers eine Kachelofenanlage mit Ziegel und Steigrohren eingebaut. Er hatte die Anlage nach den Bauplänen für das Haus entworfen. Die Heizung war von der Küche aus zu bedienen und erwärmte die Räume des Hauses. Im Winter 1962/63 erreichte sie jedoch in keinem der Räume die von dem Unternehmer zugesicherte Temperatur. Nach dem eingeholten Gutachten eines Sachverständigen war die Kachelofenanlage so schlecht, daß die Mängel nur noch durch Abriß und den völligen Neuaufbau der Anlage zu beseitigen waren. Der Ofensetzer lehnt die Neuherstellung ab. Der Besteller verlangte die Rückzahlung des Werklohnes und den unverzüglichen restlosen Ausbau der Anlage.

---

176) BGH v. 21.12.55 BGHZ 19, 319
177) BGH v. 21.12.55 BGHZ 19, 319 "Dachreparatur"
178) Neumann-Duesberg B 1965, 1845 m.w.N.; vgl. ferner Soergel/Ballerstedt § 651 Rdnr. 2,8

"Heizungsfall"
Der Heizungsbauer vermochte es nicht, die Räume mit einer einwandfrei funktionierenden Heizung zu versehen. Der Bauherr wandelt den Vertrag. Der Bauherr verlangt die Entfernung der Heizkörper, Heizkessel und der fest mit dem Bauwerk verbundenen Heizungsrohre [179].

aaa) Die gesetzliche Zulässigkeit der Wandlung bei Bauverträgen

Damit ist die Frage angesprochen, ob die Wandlung bei Bauverträgen nach dem BGB [180] zulässig oder ob sie ausgeschlossen ist. Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Wandlung zulässig: Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB. Die Werkvertragsregeln finden Anwendung, also auch § 634 BGB, in dem die Wandlung unter Verweisung auf das Kauf- und Rücktrittsrecht vorgesehen ist. Die Wandlung könnte aber aus "natürlichen Gründen" ausgeschlossen sein, wenn man davon auszugehen hätte, daß der Bauherr die empfangene Leistung, etwa das Gebäude auf dem Grundstück, gar nicht mehr zurückgewähren kann [181]. Die Frage der Rückgewähr ist aber das Problem der Durchführung der Wandlung und hat nichts damit zu tun, ob die Wandlung überhaupt zulässig ist.

Das Gesetz gibt beim "reinen" Werkvertrag, beim Werkvertrag mit Lieferung von Nebensachen und beim Werklieferungsvertrag i.e.S. ganz allgemein den Gewährleistungsanspruch der Wandlung. Das hat auch für den Bauvertrag zu gelten, will man nicht dem Gesetz Gewalt antun. Daher ist auch die Entscheidung des OLG Koblenz [182], die die Wandlung bei Bauverträgen als ausgeschlossen ansehen will, nicht richtig [183]. Bei der Wandlung sind zwei Fragen zu unterscheiden: die des "ob" und die des "wie". Das Gesetz hat die Frage, ob die Wandlung zulässig ist, vollständig, also auch für den Bauvertrag, dahin gelöst, daß die Wandlung als Gewährleistungsanspruch gegeben ist. Die Frage, wie die Wandlung durchzuführen ist, hat es dagegen unvollkommen unter Bezugnahme auf die Kauf- und Rücktrittsregeln

---

179) Beispiel von Hoen S. 124 f
180) von der VOB (B) wird zunächst abgesehen; vgl. dazu unten S. 289 ff
181) so wohl Dernburg/Sokolowski § 370 Fn.12 S.790
182) v. 3.1.62 NJW 1962, 741=Sch-F Z 3.00 Bl.55 (58)= BBauBl 1962, 453= BlGBW 1966,18 (L)
183) ebenso, wenn auch mit anderer Begründung Schmalzl NJW 1965, 130; ders. Haftung Rdnr.114; Herding/Schmalzl 37.10 S.443

gelöst. Die Wandlung beim Bauvertrag ist also zulässig, fraglich ist nur, wie sie durchzuführen ist. Dieser Ansicht ist auch die Rechtsprechung seit dem Urteil des RG vom 24.2.1903 [184], in dem ausgesprochen ist, daß der Wandlungsanspruch "grundsätzlich auch bei dem auf die Herstellung eines Gebäudes gerichteten Werkvertrages ... nicht ... ausgeschlossen" ist. § 634 BGB wird angeführt und gesagt, "eine Ausnahme für den Fall des Bauvertrages, insbesondere für den Fall, daß das Gebäude auf dem Grund des Bestellers errichtet werden soll, ist nicht gemacht". Es führt weiter aus, "die Schwierigkeit in diesem Fall liegt nur in der Frage der Vollziehung der Wandlung", womit es offenbar die Durchführung der Wandlung meint, sich aber dazu, wenigstens in dem veröffentlichten Teil des Urteils, nicht mehr äußert. Die Literatur läßt sich - zumeist im Anschluß an das genannte Urteil des RG - in ähnlicher Form dahin vernehmen, daß die Wandlung auch bei Bauwerken möglich sei, allerdings i.d.R. ohne zur Frage der Wandlungsdurchführung Stellung zu nehmen [185]. Auf die Durchführung der Wandlung bei Bauverträgen soll nunmehr eingegangen werden.

---

184) JW 1903 Beilage S.58 Nr.134; vgl. ferner folgende Urteile, die von der Zulässigkeit der Wandlung ausgehen, ohne zur Durchführung Stellung zu nehmen: RG v. 13.1.25 SA 79 Nr. 25 S.43 ff (45) betr. Fabrikhallenneubau; RG v. 30.10.08 RGZ 69, 385 betr. Bau e. Wohnhauses, vgl. dazu Schlosser JZ 1966,430; BGH v. 25.10.68 BB 1969,383=B 1969,481 BGH v.9.1.64 Sch-F Z 2.400 Bl.33 betr.Bauvertrag

185) Wussow, Die Haftung des Bauunternehmers S. 187; Wilts VersR 1967,6; ders.VersR 1967,817 ff (incidenter); Buschmann BlGBW 1966,206; Glaser NWB Fach 19 S.547; Häring S.101;Seesemann BlGBW 1955,178;Kürzel BlGBW 1961,230; Herold BlGBW 1957,22; ders.BlGBW 1966,186; Heiland Baubetriebswirtschaft 1964,45 f; Knop HW 1951,384; Stumpf/Nach/Schilling S. 122; Achilles/Greiff § 634 Anm.7; Rosenthal/Bohnenberg § 633 Anm.7; Finnern S.23; Schmalzl NJW 1965,129 (130 r.Sp.); Stark S.54;Hochstein/Jagenburg 21.11 S. 248;Stüdemann BlGBW 1972,207;Werner/Pastor S.166; Bindhardt Baubetriebswirtschaft 1967,116;Seesemann BlGBW 1966,188; Enneccerus/Lehmann § 151 II S.648;Palandt/Thomas § 634 Anm.3; Otto,Baubetriebswirtschaft 1965,13 aus der älteren Literatur vgl.: Cosack I S.685; Werneburg, Das Baurecht im Privatrecht, § 634 Rdnr. 6 S. 37; Nemmich DWArch 1929 Sp. 353; Singer SeuffBl 71 (1906) 473

bbb) Die Durchführung der Wandlung beim Bauvertrag über Bauten in konventioneller Bauweise

aaaa) Die tatsächliche und wirtschaftliche Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur bei Bauverträgen in der Literatur

Nach § 346 S. 1 BGB, anwendbar über §§ 651 Abs. 2, 634 Abs. 4,467 S.1 BGB, sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren: Der Bauherr stellt das auf seinem Grund und Boden errichtete mangelhafte Bauwerk dem Unternehmer zur Wegnahme zur Verfügung und duldet die Entfernung des Gebäudes. Für den Unternehmer ergibt sich aus der Umkehr der Leistungspflichten wegen der Umwandlung des Werkvertrages in ein Abwicklungsverhältnis, daß sich seine Pflicht zur Errichtung des Bauwerks in eine Verpflichtung zum Wiederabbruch des Bauwerks und zur Räumung des Grundstücks des Bauherrn umkehrt.

Während in den Fällen Herstellung einer Sache und ihr Einbau oder Herstellung von Sachen, Zusammenbau und Einfügen in ein Grundstück die Materialien im wesentlichen das Werk ausmachen, unschwer abtrennbar sind, dem Unternehmer bei der Wandlung verbleiben und anderweitig verwendbar sind, nimmt der Bauvertrag über ein Gebäude in konventioneller Bauweise [186] insofern eine Sonderstellung ein, als nicht eine fertige Sache oder mehrere angefertigte Sachteile nach oder in Zusammenbau in den Grund und Boden eingefügt werden, sondern einzelne Baumaterialien wie Steine, Mörtel, Eisenträger usw. mittels Arbeit zu einer Sache im Grund und Boden des Bauherrn werden. In dieser Form geht das Bauwerk kraft Gesetzes als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks in das Eigentum des Bauherrn über. Das Werk besteht also aus einer Vereinigung von Arbeit und Material, das bei Herstellung zugleich in das Grundstück eingefügt wird. Dieses Werk, das Bauwerk, hat der Bauherr im Falle der Wandlung zurückzugewähren.

Das wird von einigen Autoren als "tatsächlich unmöglich" angesehen, weil das Baugrundstück dem Besteller gehöre, das Bauwerk damit unbeweglicher Bestandteil des Baugrundstücks und damit Eigentum des Bestellers geworden sei und daher auch "rein tatsächlich"

---

186) beim Fertighausbau ist es möglicherweise anders, vgl. unten S. 206

- "im körperlichen Sinne" [187] - dem Bauunternehmer gar nicht "zurückgegeben" werden könne [188].
Es sei irrig, so führt Stieff [189] aus, anzunehmen, daß der Bauherr seiner Rückgabeverpflichtung etwa durch Abbruch und Rückgabe der Materialien genügen könne. Denn wer ein Werk erhalten habe, könne seine Rückgabeverpflichtung niemals dadurch erfüllen, daß er das Werk zerstört und nur die Bestandteile zurückgibt. Hinzukomme, daß auch die Bestandteile nicht mehr in dem Zustand vor dem Bau seien, da sie durch den Abbruch minderwertig würden. In der Frage, wer die Kosten des Abbruchs zu tragen hat, sieht Stieff ein weiteres Problem. Sehe man die Rückgabepflicht in der Rückgabe des Materials, so müsse der Bauherr das Gebäude abbrechen und erhebliche Kosten aufwenden, da er das Bauwerk selbst nicht zurückgeben könne. Reiche es aber aus, daß der Bauherr das Gebäude zum Abbruch zur Verfügung stelle, so müsse der Bauunternehmer die Kosten aufwenden. Beides entspreche nicht dem Gesetz, denn weder der Unternehmer noch der Bauherr könnten verpflichtet werden, Kosten aufzuwenden, da gemäß § 348 BGB die Sache Zug um Zug zuübergeben sei.
Oertmann [190] schreibt ganz allgemein zum Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB, ohne den Bauvertrag zu erwähnen, daß man den Besteller höchstens dazu verpflichten könne, den zur Ausführung der Werkbestellung hinzugefügten Stoff herauszugeben. Das bedeutet für den Bauvertrag, daß der Bauherr die Baumaterialien dem Unter-

---

187) Schlosser JZ 1966, 430 1.Sp.oben
188) Werneburg JR 1930 S.211=SächsArch 1935,193; Schmalzl,Haftung Rdnr.114 hält die Rückgewähr e. Bauleistung für praktisch unmöglich;Wussow,Rechtslexikon S.221 hält die Bedeutung der Wandlung für Bauverträge für nur gering, "da es regelmäßig nicht möglich sein wird, die beiderseits gewährten Leistungen rückgängig zu machen, insbesondere dem Bauunternehmer die von ihm erbrachte Leistung zurückzugewähren"; Seesemann BlGBW 1964,57(58):"Er (scil.Bauherr) kann...Wandlung...verlangen (was im Baugewerbe durchweg aus praktischen Gründen kaum durchzuführen ist),...";Ludwigs/Ludwigs S. 96 "die Rückgewähr des vom Bauunternehmer Geleisteten (ist)...regelmäßig undurchführbar"; Stieff S.94 "Zur Rückgabe des Bauwerks oder Bauteils ist der Besteller...außerstande";ähnlich Hereth/Ludwig / Naschold B § 13 13.13,13.16,13,22;Finnern S. 28; vgl. schon Dernburg/Sokolowski § 370 S.790 Anm.12
189) S.93
190) Recht 1920 Sp.155

nehmer zurückgeben muß [191].

Riedel [192] führt aus, daß bei fehlender Trennungsmöglichkeit der Besteller Eigentümer der Zutaten werde, die als wesentliche Zutaten beigefügt werden, und der Besteller den Unternehmer entsprechend der Vorschrift des § 951 BGB wegen grundloser Bereicherung schadlos halten müsse. Das ist generell zur Handhabung der Wandlung bei Verwendung von Zutaten gesagt und soll wohl auch grundsätzlich für den Bauvertrag gelten. Zu diesem wird allerdings noch besonders ausgeführt [193], daß der Besteller, "um eine wirtschaftliche Zerstörung von Werten zu vermeiden", das Werk behalten müsse; "er kann (!) aber den Unternehmer nach §§ 812 ff entschädigen, sich also auf seine Rückforderung nur den Wert des mangelhaften Werkes verrechnen".

Daß § 951 BGB als Eingriffskondiktionsanspruch nicht auf die Fälle der Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur paßt, wurde bereits hervorgehoben [194]. Auch § 812 BGB [195] paßt nicht, weil die Rückgewähr nicht nach Bereicherungsvorschriften vor sich geht, sondern im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses [195].

bbbb) Die Rückgewähr von Bauleistungen im Lichte der Umwandlungslehre

Vom Standpunkt der Umwandlungslehre sind die genannten Ansatzpunkte falsch. Kehren sich die Leistungspflichten nach Wandlung in ihr Gegenteil, so hat der Bau-

---

191) allerdings führt Oertmann im nächsten Absatz aus, daß die rein in Arbeit bestehenden Teile der Unternehmerleistung dem Unternehmer durch bloße Rückgabe der "Substrate" (gemeint sind die Materialien) nicht wieder zufielen und der Unternehmer durch erneute Arbeit die Verbindung wieder lösen müsse, um die "Substrate" zurückzuerhalten. Damit könnte gemeint sein, daß der Unternehmer die Trennung vorzunehmen hat. Im übrigen bezieht sich der Satz nur auf Reparaturarbeiten (in die Uhr eingesetzte Feder, Futterstoff beim ausgebesserten Rock) nicht aber auf Bauverträge o.ä.

192) Staudinger/Riedel § 634 Rdnr. 10 sub 2 c S.1719

193) Staudinger/Riedel § 634 Rdnr. 10 sub 2 h S.1720

194) vgl. oben S. 123,164 ; so aber noch Walter S.252 für den Bauvertrag

195) § 812 BGB paßt ebensowenig bei der Annahme eines besonderen gesetzlichen Schuldverhältnisses, weil dann mit den §§ 346 ff BGB eine abschließende Regelung getroffen ist; anders bei Annahme eines Bereicherungsschuldverhältnisses ohne abschließende Regelung durch §§ 346 ff BGB wie Staudinger/Werner Vorbem. "Rücktritt" I 2 b S.608 f i.V.m.§ 346 Anm. 2 S.6 bei 15, "wo die besonderen Vorschriften schweigen, kommen die §§ 812 ff in Betracht"; vgl. dazu oben S. 23

herr das Bauwerk lediglich "zurückzugewähren", d.h. dem Bauunternehmer zur Wegnahme zur Verfügung zu stellen und die Wegnahme zu dulden, während der Bauunternehmer gehalten ist, sein Werk, bestehend aus der Verarbeitung von Baumaterialien zu einem Bauwerk im bestellereigenen Grundstück durch eigene Leistung auf eigene Kosten zu entfernen. Nun ist allerdings das Bauwerk nicht per se als Ganzes zurücknehmbar. Auch kann es nicht wie eine Maschinenanlage in der Weise demontiert werden, daß die einzelnen Teile für sich gesehen im wesentlichen das erbrachte Werk bilden, das dem Unternehmer durch die Trennung vom Grundstück des Bestellers wieder zugute kommt und anderweitig erneut unschwer verwendet werden kann. Eine Rückgewähr im Sinne der Umwandlungslehre läßt sich aber wie folgt denken: Der Bauunternehmer hat entsprechend seinen Aufbau- und Errichtungspflichten das mangelhafte Gebäude wieder abzubrechen und die Materialien zu entfernen, kurz, das Grundstück zu räumen. Dem steht jedoch entgegen, daß der Bauunternehmer mit den Baumaterialien nicht das Werk, auch nicht im wesentlichen, zurückerhält. Denn bei Bauten, die in der herkömmlichen Bauweise erstellt werden, steht die Arbeit im Vordergrund, die auf die Erstellung eines Bauwerks abzielende unter Verwendung von Baumaterialien verschiedener Art auf einem Baugrundstück vorgenommene Tätigkeit, während die vom Unternehmer gelieferten Materialien schon häufig von ihrem Wert her in den Hintergrund treten. Im Gegensatz zu Maschinenanlagen, bei denen die Herstellung der einzelnen Maschinen im Vordergrund, die Zusammensetzung und Einfügung in ein Gebäude oder Grundstück im Hintergrund steht mit der Folge, daß der Unternehmer das Werk in Form der Maschinen im wesentlichen zurückerhält, sind die Baumaterialien keineswegs das Werk selbst. Zurückzugewähren beim Bauwerk auf bestellereigenem Grundstück ist, weil das Grundstück dem Besteller bleibt, das damit verbundene Bauwerk bestehend aus Baumaterial und gegenüber dem Baumaterial i.d.R. wertmäßig überwiegender Arbeitsleistung. Zu berücksichtigen ist außerdem, daß die Baumaterialien, die durch Abbruch des Gebäudes wiedergewonnen werden können, entweder gar nicht mehr verwend-

bar sind (Mörtel, Zement, aus Beton gegossene Mauern) oder aber in ihrem Wert vermindert sind (Ziegelsteine, Türrahmen, Fenster), mögen sie auch anderweitig noch verwendbar sein, nachdem man sie möglicherweise einer besonderen Bearbeitung (z.B. Reinigung der Ziegelsteine von Mörtelresten) unterzogen hat.
Die Tatsache, daß die Baumaterialien nicht das Bauwerk im wesentlichen ausmachen und nicht in ihrem alten Zustand, also nicht in dem Wert vor der Leistung, zurückgenommen werden können, spricht gegen die Anwendung der Umwandlungslehre bei der Wandlung von Bauverträgen in der Form, daß die Rückgewähr durch "Rückleistung", also Abbruch des Bauwerks zu erfolgen hat. Auf der anderen Seite bleibt die Frage, ob der Bauherr auf ein fehlerhaftes Bauwerk verwiesen werden kann, dessen Fehlerhaftigkeit nicht er, sondern der Unternehmer "zu vertreten" hat.

cccc) Die eigene Lösung

α) Die Unzulässigkeit der Durchführung der Wandlung durch Abbruch des Bauwerks und Entfernung der Baumaterialien bei objektivem über den Wert der Baumaterialien hinausgehenden Wert der fehlerhaften Bauleistung

Die These, daß sich beim Bauwerkvertrag die Errichtungspflicht in eine Abbruchs- und Wegnahmepflicht umkehrt, der Unternehmer auf eigene Kosten das fehlerhafte Bauwerk niederreißen muß und ihm nur die dabei anfallenden Materialien verbleiben, stößt auf Bedenken, weil zwar der Bauherr dadurch nicht betroffen wird - er erhält ein abgeräumtes Grundstück - , aber der Unternehmer nicht nur mit den Kosten des Abbruchs beschwert wird, sondern ausserdem nur einen Teil der Baumaterialien in brauchbarem Zustand zurückerhält. Daß Rückgewähr durch Abbruch unabhängig von der Umwandlungslehre nicht geboten erscheint, haben die Autoren, die sich mit der Wandlung von Bauverträgen befaßt haben, gespürt und daher offenbar das Problem gar nicht erst behandelt [196] oder angesichts der Fra-

196) vgl. Ludwigs/Ludwigs S.96 f; ähnlich Herde S.31: "Auch kann keinem Teil etwa die Beseitigung zugemutet werden", ohne eine Begründung dafür zu geben.

ge der Abbruchskosten umgangen, weil sie für unlösbar gehalten wurde [197]. Dabei ergibt sich entgegen Stark [198] "aus dem Wandlungsanspruch als solchen" unter Zugrundelegung der Umwandlungslehre wer "verpflichtet ist, die Trennung zu bewirken und deren Kosten zu tragen", : nämlich der Unternehmer, weil sich die Leistungspflichten umkehren und er wegen der Fehlerhaftigkeit des Bauwerks Anlaß zur Wandlung gegegen hat [199]. Das Unbehagen an der Abbruchslösung besteht insofern zu recht, weil man ein Bauwerk nicht als Ganzes sehen darf, sondern als Komplex von einzelnen Teilen. Selbst wenn das Bauwerk so fehlerhaft ist, daß es trotz § 634 Abs. 3 BGB zur Wandlung des Bauwerkvertrages kommt, ist i.d.R. dennoch davon auszugehen, daß das vom Bauunternehmer errichtete, wenn auch fehlerhafte Bauwerk nicht nur den Materialwert, den Wert der zurückgewinnbaren Baumaterialien aufweist, sondern darüberhinaus auch noch einen Wert repräsentiert, der sich aus der Tätigkeit mit den verschiedenen Materialien am bestellereigenen Grundstück ergibt. Mit anderen Worten: Einen Teilerfolg hat der Unternehmer durch seine Tätigkeit mittels von ihm gelieferter Materialien am Grundstück des Bestellers erreicht, wenn auch nicht den geschuldeten ganzen Erfolg, ein völlig fehlerfreies Gebäude. Teile des Gebäudes werden fehlerfrei oder wenigstens brauchbar sein und können einem anderen Unternehmer als Arbeitsgrundlage dienen. Man hat sich das so vorzustellen, als ob verschiedene Teilwerke verdungen worden wären, und zwar an verschiedene Unternehmer. Dann kann die Wandlung nur gegen die Unternehmer gerichtet werden, die ein fehlerhaftes Werk geliefert haben [200], während der Bauherr die anderen mängelfreien Werke behalten und bezahlen muß.
Dafür findet sich zwar kein unmittelbarer Anhaltspunkt im Gesetz, doch kennt das BGB die Teilwandlung, die in den §§ 469 bis 471 geregelt ist und auf den

---

197) Stark JW 1929,1728 1.Sp.= Diss.S.27; ähnlich Eplinius S.177, der ausführt,daß die Aufwendung der Beseitigungskosten keinem der Vertragsteile zugemutet werden könne; Stieff S. 94 ff

198) wie Fn. 197

199) vgl. oben S. 50

200) das ist hier im Grundsatz gemeint; zur Wandlung bei Beteiligung mehrerer Unternehmer an einem Bauwerk vgl. S. 207 ff

Werkvertrag über § 634 Abs. 4 BGB entsprechend anwendbar ist. Zwar ist Voraussetzung des § 469 S. 1 BGB, daß mehrere Einzelsachen verkauft bzw. hergestellt sind, und zwar ist § 469 S. 1 BGB nicht anwendbar, wenn ein wesentlicher Bestandteil einer einheitlichen Sache mangelhaft ist, die durch die Zusammenstellung von Einzelsachen begründet wurde [201]. Aber die Ausnahme des Grundsatzes des § 469 S.1 BGB bringt S.2, der die wirtschaftliche Zerschlagung von Werten verhindern will und daher mit Recht weit ausgelegt wird [202]. Er bezieht sich allerdings auf etwas anderes: Beim Verkauf mehrerer Sachen als zusammengehörend kann jeder Teil verlangen, daß die Wandlung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können. Die Frage der Zusammengehörigkeit der Sachen ist nach der Absicht der Vertragsteile und nach ihrem rechtlichen Interesse zu beurteilen. Sie liegt vor, wenn die Parteien beabsichtigen, den Kauf über die Sachen nur in ihrer durch bestimmten gemeinschaftlichen Zweck hergestellten Verbindung abzuschliessen, so daß sie dazu bestimmt erscheinen zusammenzubleiben [203]. Als Beispiele seien genannt der Kauf eines mehrbändigen Werkes, die Anfertigung einer Wohnungseinrichtung für eine bestimmte Wohnung [204], mehrere Maschinen als Fabrikanlage [205]. Die Trennung ist dann nicht ohne Nachteil für eine Partei möglich, wenn dadurch die objektive Brauchbarkeit der einzelnen Sachen beeinträchtigt oder subjektiv der Käufer mit den ihm nach dem Grundsatz des § 469 S. 1 BGB verbleibenden Sachen nichts anfangen oder der Verkäufer den gewandelten Teil nicht anderweitig verwenden kann. Der Käufer hat statt des Teilwandlungsrechts ein Gesamtwandlungsrecht z.B. dann wenn Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Ersatz für mangelhafte Einzelsachen bereitet [207] oder geringere Gleichmäßigkeit in der Maserung bei

---

201) RG v.27.3.07 JW 1907, 300 Nr. 2
202) Palandt/Putzo § 469 Anm.2
203) Palandt/Putzo § 469 Anm.2;BGHv.8.1.70 B1970, 341 betr.Steinbruchanlage,Fahrzeugwaage,Raupenbagger; vgl.auch RG v.17.5.07 RGZ 66,154 (156) betr. verkaufte Stiere
204) vgl. OLG Breslau v. 27.9.07 Recht 1907 Nr. 3289
205) vgl. OLG Hamburg v. 26.2.35 HHR 1935 Nr. 1301
206) Palandt/Putzo aaO
207) OLG Marienwerder v. 13.1.03 OLG 8,71

Ersatzstücken für Teile einer Zimmereinrichtung zu erwarten ist [208]. In den Fällen des § 469 S.2 BGB ist also die Gesamtwandlung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch hinsichtlich der mitverkauften mängelfreien Sachen möglich, wobei auch der Verkäufer als Wandlungsgegner trotz geforderter Teilwandlung durch den Käufer die Gesamtwandlung wählen kann, wenn die Trennung für ihn nachteilig ist.

Mit der Regelung der Teilwandlung, die durch § 470 BGB [209] ergänzt wird, soll eine wirtschaftlich sinnvolle Regelung erreicht werden. Zwar eröffnet § 469 S.2 BGB den Weg zur Gesamtwandlung, aber dieser Regelung läßt sich der allgemeine Grundsatz entnehmen, daß durch die Wandlung wirtschaftliche Werte nicht zerstört werden sollen. Dieser Gedanke ist auch für den Bauwerkvertrag fruchtbar zu machen. Das kann nur dadurch geschehen, daß man die Durchführung der Wandlung durch Abbruch nicht zuläßt, wenn das Bauwerk über den Materialwert hinaus noch einen in der Arbeitsleistung liegenden Wert aufweist. Denn ließe man die Durchführung der Wandlung durch Abbruch bei einem trotz der Mängel noch einen Teilwert aufweisenden Bauwerk zu, so müßte das gesamte Bauwerk abgerissen werden.

Daher ist es letztlich gerechtfertigt, daß einige Autoren davon ausgehen, daß die Rückgewähr der Bauleistung durch Abbruch i.d.R. aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich sei [210], oder ausführen, daß die Beseitigung als wirtschaftlich unmöglich zu betrachten sei [211].

---

208) OLG Breslau v. 27.9.07 Recht 1907 Nr.3289; weitere Beispiele bei Palandt/Putzo § 469 Anm. 2

209) vgl. BGH v. 10.11.71 NJW 1972,155 "Autowaschanlage" "bestehend aus Förderband, eigentliche Waschvorrichtung und Waschkabine"; obwohl der Käufer das Förderband und die Waschkabine behalten hatte, prüft der BGH §§ 469 ff BGB nicht, was nahegelegen hätte, vgl. dazu zutr. Haase JR 1972,199 f; Jacobs Jus 1972,377 ff; Rohlff NJW 1972,575; OLG Königsberg v. 4.3.09 PosMonSchr 12 (1909) 71 "Unterlageplatten Zubehörstücke des Schlagtisches", der fehlerhaft war.

210) Berg JuS 1964,138 im Zusammenhang mit seiner Besprechung des Idealheimfalles BGH v. 5.10.61 BGHZ 36,30, wo er zur Durchführung des Rücktritts (§§ 346 ff) Stellung nimmt.

211) Eplinius S.177 allerdings wegen der aufzuwendenden erheblichen Kosten; ähnlich Herde S. 31

Die Folge aus der wirtschaftlichen Unmöglichkeit der Rückgewähr der Leistung in Natur bei der Wandlung des Bauvertrages wegen des Gebots, die Zerstörung wirtschaftlicher Werte zu vermeiden, wenn das Bauwerk über den Materialwert hinaus noch einen Wert aufweist, der in der erbrachten Arbeitsleistung liegt, kann nur die sein, daß der Besteller das wenn auch fehlerhafte Bauwerk behalten muß.

Das haben Ludwigs/Ludwigs im Ergebnis [212] erkannt, wenn sie ausführen, daß der Bauherr, "um die Vernichtung von Werten zu vermeiden", das Bauwerk, "soweit es - wenn auch mangelhaft - hergestellt ist", "behalten" müsse. Demgegenüber spricht Stark [213] davon, daß "der Bauherr den fertiggestellten Teil behalten darf" und im Anschluß an ihn führt Werneburg [214] aus, daß der Besteller "den fertigen Teil (bzw. das fertige) Bauwerk behalten kann", und zwar beide unter Berufung auf Oertmann [215], obwohl bei Oertmann davon gar keine Rede ist, weil er auf die Trennbarkeit abstellt und im Falle der Trennbarkeit des Werkes die Durchführung der Wandlung in Natur vorsieht. Geht man davon aus, daß das Gesetz die Zerstörung wirtschaftlicher Werte bei der Wandlungsdurchführung verhindern will und die Durchführung der Wandlung beim Bauwerkvertrag durch Abbruch eine Vernichtung verwertbarer Bauteile in aller Regel mit sich bringt, so ist nur das eine Ergebnis richtig, nämlich daß in diesen Fällen der Bauherr das fehlerhafte Bauwerk auf seinem Grundstück in Kauf nehmen muß. Der Bauherr mag andere Unternehmer verdingen, die das immerhin teilweise erstellte Werk zur Grundlage ihrer Tätigkeit machen und darauf aufbauend fehlerfrei vollenden können.

Zu weit geht dagegen Stieff [216], wenn er es über den Fall, daß die Bauleistung einen über den Materialwert hinausgehenden Wert aufweist, hinaus es genügen läßt, wenn der Bauherr das Werk wenigstens "in den

---

212) sie gehen davon aus, daß die Rückgewähr des vom Bauunternehmer Geleisteten "regelmäßig undurchführbar" sei, ohne das näher zu beleuchten.
213) JW 1929,1728 1.Sp.=Diss. S. 26
214) JR 1930,212 1. Sp.
215) Recht 1920 Sp. 154
216) S. 95

Materialien" noch verwenden könne. Denn zurückzugewähren ist das Bauwerk bestehend aus den an dem Grundstück des Bestellers verarbeiteten Materialien, nicht aber allein aus den Zutaten. Die Rückgewähr der Werkleistung ist wirtschaftlich unmöglich, nicht aber die der Zutaten: Wenn das Bauwerk wertlos ist, wird durch die Rückgewähr in Natur kein wirtschaftlicher Wert zerstört, weil für einen Neubau das wertlose Bauwerk, also die Materialien sowieso abgebrochen werden müßten. Daraus folgt, daß die Wandlung bei einem völlig wertlosen Bauwerk durch Abbruch des Bauwerks und Wegnahme der anfallenden Materialien, die der Unternehmer dann anderweitig verwenden mag, durchzuführen ist.

Für den Regelfall gilt:

Der Bauherr muß ein fehlerhaftes Bauwerk behalten, wenn es als solches über den Materialwert hinaus einen wirtschaftlichen Wert trotz der Mängel aufweist.

ß) Die Durchführung der Wandlung bei Vorliegen eines objektiven Wertes des fehlerhaften Bauwerks über den Materialwert hinaus

αα) Grundlagen

Muß der Bauherr das fehlerhafte Bauwerk behalten, weil es über den Materialwert hinaus noch einen Wert hat, der auf die geleistete Arbeit zurückzuführen ist, so muß ein Ausgleich dafür geschaffen werden, daß der Bauunternehmer nichts von seinem Werk zurückerhält. Die Autoren, die die Rückgewähr in Natur tatsächlich oder wirtschaftlich für unmöglich halten, geben dem Bauunternehmer einen Geldanspruch gegen den Bauherrn in Höhe des Wertes der diesem verbliebenen Leistung. Die eingehend erörterte Lösung Oertmanns [217] der Durchführung der Wandlung über einen Wertausgleich für die dem Besteller verbleibende Werkleistung bestehend aus Zutaten und Arbeit wird für die Durchführung der Wandlung des Bauwerkvertrages von fast allen Autoren, die dieses Problem behandeln, mehr oder weniger wörtlich und zumeist ohne eigene Stellungnahme übernommen [218].

---

217) vgl. oben S. 162 ff

218) vgl. z.B. Eplinius 177 f;Stark JW 1929,1728 1.Sp.= Diss. S.26; Werneburg JR 1930,212; Stieff S.94 ff; Herde S.31 f; Schlosser JZ 1966,430 Text zu Fn.7; Palandt/Thomas § 634 Anm. 3

Oertmanns Auffassung ist im Ergebnis insofern richtig als - wie bereits oben beim "reinen" Werkvertrag ausgeführt - [219] dem § 346 S.2 BGB der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen ist, daß bei Unmöglichkeit der Rückgewähr der erbrachten Leistung der Wert dessen zu ersetzen ist, was der anderen Partei verbleibt.

ßß) Die Wertbemessung

Oertmann [220] und andere [221] gehen wohl von dem subjektiven Wert aus, wenn sie schreiben, daß das Arbeitsergebnis "für diesen", i.e. für den Besteller einen Wert haben müsse.

Wie bereits oben [222] unter Ablehnung der Thesen Kollers [223] ausgeführt wurde, haben für die Wertbemessung objektive Gesichtspunkte zu gelten. Es ist der objektive Wert der fehlerhaften Bauleistung in Anwendung des § 346 S.2 BGB in Geld auszugleichen. Für die Wertbestimmung entscheidet der übliche Verkehrswert [224]. Nach Ludwigs/Ludwigs [225] "erhält der Bauunternehmer" "anstelle des nicht zurückgebbaren Werkes" "dessen effektiven Wert vom Bauherrn vergütet".

Festzuhalten ist, daß der Bauunternehmer nicht die vereinbarte Vergütung ganz oder gemindert erhält, sondern nur eine dem objektiven Wert der fehlerhaften Bauwerkleistung entsprechende "Vergütung" (§ 346 S. 2 BGB), weil diese dem Bauherrn verbleibt. Es handelt sich dem-

---

219) vgl. oben S. 116 f

220) Recht 1920 Sp. 159 Zusammenfassung: "Hat das Arbeitsergebnis für diesen keinen Wert..."

221) Ludwigs/Ludwigs S.96, aber widersprüchlich: "Bei der Wandlung erhält also der Bauunternehmer nicht etwa ganz oder gar nicht die vertragliche Gegenleistung, sondern eine dem Wert des Arbeitsergebnisses entsprechende Vergütung, sofern es dem Bauherrn verbleibt (das deutet auf eine Wertbemessung nach objektiven Gesichtspunkten hin) und für diesen brauchbar ist" (was für e.subj.Wertbemessung steht); Herde S.32 "Ob also der Auftragnehmer eine Vergütung erhält, hängt von dem wirtschaftlichen Wert ab, den die mangelhafte Leistung eventuell noch für den Auftraggeber hat".
vgl. Werneburg JR 1930,212, der wohl vom objektiven Wert ausgeht (Heranziehung eines Sachverständigen), obwohl wenig später von dem Wert "für den Besteller" die Rede ist.

222) vgl. oben S. 118 ff

223) B 1974, 2385 ff, 2458 f

224) Staudinger/Kaduk § 346 Rdnr.49

225) S.96 sub 2 allerdings in Anwendung des § 812 BGB, dazu oben S. 157; richtig Eplinius S.177, der von dem "Wert der vollzogenen und dem Besteller verbleibenden Leistung" spricht; richtig wohl auch Werneburg S. 212

nach nicht um eine "Gegenleistung" [226], eine "Vergütung" i.S.d. § 631 BGB, sondern eine Wertvergütung entsprechend § 346 S.2 BGB, womit auch der Unterschied zur Minderung klar wird:

Bei der Minderung ist Bezugspunkt die vereinbarte Vergütung, die dann verhältnismäßig herabgesetzt wird (§ 472 BGB). Bei dem Wertersatz entsprechend § 346 S.2 BGB handelt es sich dagegen um einen selbständig auf Grund objektiver Gesichtspunkte gefundenen Wert durch Sachverständigen [227] oder Schätzung gemäß § 287 ZPO [228]. Der optische Eindruck einer Minderung entsteht nur dann, wenn der Werklohn bereits gezahlt war und der dem Unternehmer zustehende Wertausgleich verrechnet wird und der Unternehmer nur die Differenz auszahlt [229], was zulässig ist [230].

ɾ) Die Durchführung der Wandlung bei völlig wertloser Bauleistung

Hat die fehlerhafte Bauleistung überhaupt keinen Wert, hat also die Be- und Verarbeitung von Baumaterial auf dem bestellereigenen Grundstück nicht zu einem Bauwerk geführt, das über seinen Materialwert hinaus einen Wert als Werkleistung als solche repräsentiert, dann muß man konsequenterweise zu dem Ergebnis gelangen, daß der Unternehmer keinen Wertausgleichsanspruch entsprechend § 346 S. 2 BGB hat, weil das fehlerhafte Werk gar keinen Wert aufweist [231]. Dieses Resultat ist deswegen zutreffend, weil Ausgangspunkt für den Wertersatzanspruch der Begriff "geleistete Dienste" des § 346 S. 2 BGB ist, was für den Werkvertrag bedeutet, daß der objektive Wert der Werkleistung in Geld auszugleichen ist.

Zwar hat sich Dernburg ganz allgemein dafür eingesetzt,

---

226) so aber Eplinius S. 178
227) Werneburg JR 1930, 212
228) Staudinger/Kaduk § 346 Rdnr.49
229) vgl. Ludwigs/Ludwigs S.96 sub 2; Eplinius S.178
230) vgl. oben S. 125 f
231) zutreffend Oertmann Recht 1920 Sp.159; ähnlich Stieff S. 96; Herde S.32; Werneburg S.212; vgl. BGH v. 6.2.75 WPM 1975,454=NJW 1975,825 "Elektroinstallation für ein neues Haus" betr. § 649 BGB: "Die Arbeiten"..."waren" "praktisch wertlos"(S.454 r.Sp.),"Ob der Besteller das Teilwerk bezahlen muß, hängt davon ab, ob es brauchbar ist", "Das Teilwerk"..."war" "hier ganz unbrauchbar" mit der Folge, daß eine Vergütung nicht zu zahlen war.

daß dem Unternehmer, der eine Sache des Bestellers zu bearbeiten hatte und Zutaten nicht zurückfordern kann, weil sie wesentliche Bestandteile werden, der Wert dieser Zutaten nach § 346 BGB zu vergüten sind [232]. Das ist im Ergebnis zutreffend abgelehnt worden [233].

Bei Unmöglichkeit der Rückgewähr einer Leistung in Natur soll deren Wert ersetzt werden. Beim Werkvertrag mit Lieferung von Nebensachen bedeutet das, daß der Wert der dem Besteller verbleibenden Leistung am Bestellerstoff abgegolten werden soll. Hat die Werkleistung keine über den Wert der Materialien hinausgehende Wertsteigerung des Stoffes bewirkt, so verbleibt dem Besteller insoweit nichts; auf die verwendeten und zumeist zu wesentlichen Bestandteilen gewordenen Nebensachen kann dabei nicht abgestellt werden. Das ist ein hier unpassendes sachenrechtliches Argument [234]. Die Frage, ob das Material wesentlicher Bestandteil geworden ist, gibt zwar Anhaltspunkte für die Frage, ob das Werk abtrennbar ist, hat aber mit der Frage des Wertausgleichs der erbrachten Leistung nichts zu tun. Ist die Werkleistung nichts wert, hat der Besteller, auch wenn sie als solche nicht zurücknehmbar ist, nichts zu zahlen, und zwar auch nicht für die Materialien, die wesentliche Bestandteile geworden sind. § 951 BGB ist nicht anwendbar [235].

Zu prüfen bleibt, ob der Bauherr ein völlig wertloses Bauwerk behalten muß oder aber mit Erfolg Beseitigung des mangelhaften Bauwerks auf Kosten des Bauunternehmers verlangen kann. M.a.W. soll es mit der Nichtzahlung einer "Vergütung" sein Bewenden haben [236] oder muß der Bauunternehmer das Grundstück auf seine Kosten räumen?

Zwar werden völlig wertlose Bauwerke nur selten vorkommen. Denkbar ist aber z.B. der Fall, daß ein Tunnelbau wegen völliger Unbrauchbarkeit der Grundwasser-

---

232) Dernburg/Raape § 320 III 2 S.537; ähnlich wohl Stieff S. 96 für den Bauwerkvertrag
233) vgl. oben S. 161
234) vgl. Laufs/Schwenger NJW 1970,1820 r.Sp.zu § 635 BGB
235) vgl. oben S. 156
236) so offenbar Ludwigs/Ludwigs S. 96 sub 2

dichtung [237] absolut wertlos ist. Es erscheint als unbillig und dem Bauherrn unzumutbar, daß er das völlig unbrauchbare Werk soll behalten müssen [238]. Er müßte die Kosten für die Räumung des Grundstücks aufwenden und hätte allenfalls dafür den Wert des noch verwendbaren beim Abbruch anfallenden Materials. Da bei völlig wertlosen Bauwerken wirtschaftliche Werte nicht zerstört werden [239], ist bei ihnen auf die Verpflichtungen aus der Leistungsumkehr zurückzugreifen. Der Unternehmer hat das von ihm errichtete wertlose Bauwerk auf eigene Kosten abzubrechen und die beim Abbruch anfallenden Materialien an sich zu nehmen und fortzuschaffen und das Baugrundstück zu räumen. Diese Lösung wird, soweit ersichtlich, im Ergebnis nur von Werneburg [240] vertreten, für den bei einem wertlosen Werk, "hatte der Bauunternehmer hier die Baustoffe geliefert", "er dann natürlich auch auf entsprechendes Verlangen des Bestellers... das Bauwerk abbrechen und die Baustoffe von dem Baugrundstück entfernen" muß, ohne diese Ansicht zu begründen. Sie ergibt sich aus der Umwandlungslehre i.V.m. § 346 S. 1 BGB, weil sich in diesem Fall die Frage der Vernichtung wirtschaftlicher Werte wegen der Wertlosigkeit des Bauwerks nicht stellt. Dem steht nicht entgegen, daß der Bauherr das Risiko hinsichtlich des Grundstücks trägt. Denn hier geht es um die Rücknahme der vom Unternehmer verwendeten Materialien, nicht um die Eingriffe in das Grundstück selbst. Der Unternehmer trägt das Risiko des Herstellungsvorgangs und damit auch bei völligem Mißlingen des Werkes die Gefahr der Verpflichtung der Entfernung der von ihm gelieferten Stoffe in dem gegebenen Zustand. Die Grenze zum Schadenersatz ist nicht überschritten, weil der Unternehmer nicht etwa verpflichtet ist, den früheren Zustand des Grundstücks wiederherzustellen, etwa die Baugrube zu beseitigen, sondern nur das Grundstück durch Fortschaffen der Baustoffe zu räumen hat.

---

237) Beispiel bei Eplinius S. 177
238) vgl. Heiland Baubetriebswirtschaft 1964,45 (46)
239) vgl. oben S. 182
240) JR 1930,212 allerdings insoweit zu weit gehend als er davon spricht, daß der Unternehmer "dessen Baugrundstück in den vorigen Zustand zurückversetzen" müsse; vgl. dazu S. 186 unten

δ) Die Lösung des "Mauerfalls"

In dem Angebot des Bauunternehmers liegt auch die Übernahme der Verpflichtung, sich um etwa erforderliche Genehmigungen, um die rechtliche Zulässigkeit des Mauerbaus zu kümmern und bei etwaiger Erforderlichkeit behördlicher Schritte den Bauherrn zu unterrichten und ihn zu veranlassen,bei den Behörden wegen Genehmigungen, Dispensen o.ä. vorstellig zu werden [241].

Damit ist Gegenstand des Werkvertrages eine genehmigungsfähige, d.h. dem Bauplanungsrecht und dem Baupolizeirecht entsprechende und auch sonst einwandfreie Mauer in Höhe von 180 cm. Es liegt ein Bauvertrag vor - Mauer ist Bauwerk - [242].

Die fehlende Genehmigungsfähigkeit ist ein Sachmangel i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB (§ 459 BGB [243]). Nicht die fehlende Baugenehmigung ist entscheidend, sondern die fehlende Genehmigungsfähigkeit des Bauwerks.

Dieser Mangel kann nicht mehr beseitigt werden, da die Genehmigung wegen Verstoßes gegen materielles Baurecht nicht erteilt wird. Ohne Fristsetzung (§ 634 Abs.1 S.1 BGB) kann u.a. Wandlung verlangt werden. Auf die anderen Mängel kommt es nicht mehr an.
Da das Bauwerk unter diesen Umständen gar nichts wert ist - es muß nach öffentlichem Recht ohnehin abgerissen werden - kehrt sich auf Grund der Wandlung die Errichtungspflicht des Bauunternehmers in eine Abbruchspflicht im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses um. Der Bauunternehmer hat die Mauer auf eigene Kosten abzubrechen und das Baumaterial vom Grundstück zu entfernen, das Grundstück zu räumen. Eine Vergütung i.S.d. § 631 BGB oderi.S.d. § 346 S.2 BGB erhält der Unternehmer nicht.
Sollte ein Dispens doch noch erteilt werden, ist auf die fehlende Standfestigkeit der Mauer zurückzugreifen. Ist die Standfestigkeit einer Mauer wegen fehlerhafter oder unterbliebener statischer Berechnungen nicht gegeben, so ist das ein Mangel des Bauwerks, für den der Bauunternehmer einzustehen hat [244].
Da dieser Mangel durch Abstützen der Mauer und erweiterter Fundamentierung nachgebessert werden kann, ist Fristsetzung (§ 634 Abs. 1 S.1 BGB) erforderlich. Bessert der Bauunternehmer nicht nach, dann ist u.a. Anspruch auf Wandlung gegeben. Da davon auszugehen ist, daß die Mauer einen über den Materialwert hinausgehenden objektiven Wert aufweist, ist dieser Wert in Geld auszugleichen. Ist der Werklohn bereits gezahlt worden, hat der Unternehmer die Differenz zwischen Vergütung und dem Wertausgleich nach § 346 S.2 BGB an den Bauherrn zurückzuzahlen.

---

241) Ingenstau/Korbion B § 4 Rdnr. 16 f
242) Ross S. 18
243) vgl. RG v. 24.5.13 Recht 1913 Nr.2264;vgl.Palandt/Putzo § 434 Anm. 2 c, § 459 Anm. 2 a
244) vgl. Ingenstau/Korbion B § 4 Rdnr. 60 ff

ccc) Die Durchführung der Wandlung bei Bauteilarbeiten

aaaa) Bauteilarbeiten - Arbeitsleistung im Vordergrund stehend

Die gleichen Schwierigkeiten bei der Durchführung der Wandlung ergeben sich bei den meisten Bauteilarbeiten, Maurerarbeiten, Umbauten, Änderungen und Ausbesserungen [245]. Denn bei diesen Arbeiten ist die Rückgewähr i.d.R. ebenfalls als wirtschaftlich unmöglich anzusehen, weil, selbst wenn die verwendeten Materialien abtrennbar wären, diese nicht im wesentlichen das Werk repräsentieren, sondern die Arbeitsleistung im Vordergrund steht. Die Durchführung der Wandlung erfolgt in diesen Fällen wie beim Bauvertrag über ein ganzes Gebäude: Es findet ein Wertausgleich statt, wenn das Werk einen über dem Wert des Materials liegenden objektiven Wert hat. Ist das Werk gar nichts wert, ist es abzubrechen und sind die Zutaten zu entfernen, die Baustelle ist zu räumen.

bbbb) Bauteilarbeiten - Lieferung von Materialien im Vordergrund stehend

Nun gibt es auch Bauteilarbeiten, bei denen die Herstellung und Lieferung von Material Hauptgegenstand ist, die Verbindung dieser Materialien mit dem Grundstück oder Gebäude des Bestellers in den Hintergrund tritt. Es handelt sich dabei um Verträge, die häufig auch als Werklieferungsverträge bezeichnet werden, und die etwa die Lieferung und den Einbau von Heizungsanlagen, großen Öfen, Fahrstühlen, Türen mit Türfüllungen, Fenster mit Fensterrahmen zum Gegenstand haben. Sie werden deswegen als (Teil-) Bauverträge angesehen, weil die zu erbringenden Leistungen zu einem Neubau eines Hauses gehören, der Bau ohne sie also nicht denkbar ist. Sie werden auch als Verträge i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB gewertet, weil das Gebäude, an dem die vertraglichen Leistungen auszuführen sind, oder aber das Grundstück als Hauptsache (-stoff) i.S. dieser Bestimmung angesehen werden.
Bei diesen Verträgen liegt aber das Schwergewicht nicht bei der Arbeitsleistung am Grundstück oder Haus, sondern bei der Herstellung und Lieferung der individuell angepaßten Teile, ohne daß dadurch die Verpflichtung zum Einpassen, Einbauen, Einfügen in das Grundstück oder Gebäude des Bestellers zu einer Nebenpflicht würde.

---

245) vgl. Stieff S. 95

Diese Werkleistungen sind im wesentlichen trennbar, die Wandlung ist also "in natura" möglich, die hergestellten und gelieferten Materialien repräsentieren im Vergleich zur Arbeitsleistung mit ihnen am bestellereigenen Stoff, dem Grundstück, dem Haus, den eigentlichen Wert der Werkleistung, wohingegen die Arbeit des Einfügens, Einbauens usw. demgegenüber zurücktritt. Daher kann man auch nicht von einer wirtschaftlichen Unmöglichkeit der Rückgewähr sprechen, denn der Werkunternehmer erhält das von ihm fehlerhaft Geleistete im wesentlichen zurück.
Die Durchführung der Wandlung dieser Verträge erfolgt nach den aus der Umwandlungslehre sich ergebenden Grundsätzen: Die Liefer- und Einbaupflicht kehrt sich um in eine Wiederausbau- und Wegnahmepflicht, m.a.W. die hergestellten und gelieferten Teile sind aus dem Gebäude, Grundstück herauszunehmen und fortzuschaffen.
Ein Entgelt oder einen Wertersatz für seine Herstellungs-, Einfügungs-, Einmauerungs- oder sonstige Tätigkeit - in entsprechender Anwendung des § 346 S. 2 BGB - erhält der Unternehmer nicht, weil die Werkleistung, das Arbeitsergebnis in Gestalt der hergestellten Anlage an den Unternehmer durch Rückgewähr im wesentlichen zurückfällt und die angesprochenen Tätigkeiten als solche den Wert des Arbeitssubstrates des Bestellers nicht erhöht haben. Dem Unternehmer ist das Werk zurückgestellt worden.
Die Rückgewähr bei dieser Art von Bauteilwerkverträgen ist also im Gegensatz zu den Bau- und Bauteilverträgen, bei denen die Arbeitsleistung am Grundstück oder Gebäude die überwiegende Rolle spielt, recht einfach [246] in Natur durch Zurverfügungstellung und Duldung der Wegnahme des Werkes durch den Besteller und Wiederausbau und Wegschaffung der Teile durch den Unternehmer durchzuführen. Eine Vergütung erhält der Unternehmer nicht.

---

246) anders Stieff S. 95, er sieht "die gleichen Schwierigkeiten einer Wandlung" wie bei den Bauverträgen über ein Gebäude "besonders" auch bei Einbauten

cccc) Die Lösung des "Ofenfalles" und des "Heizungsfalles"

Unter Berücksichtigung des eben Ausgeführten sind diese Fälle wie folgt zu lösen:

α) der "Ofenfall"

Der Anspruch des Bauherrn auf Rückzahlung des Werklohnes ergibt sich aus §§ 651 Abs. 2, 634 Abs. 4, 467 S. 1, 346 S.1 BGB.
Da das Haus, das Grundstück, als Hauptsache anzusehen ist, ist die Kachelofenanlage gegenüber dem Grundstück nur Zutat, was zur Anwendung des § 651 Abs. 2 BGB führt.

Da die Anlage völlig abgerissen und neu aufgebaut werden muß, ist eine Nachbesserung nur durch Neuherstellung möglich. Dem Unternehmer ist es gestattet, durch Neuherstellung nachzubessern [247]. Einer Fristsetzung (634 Abs. 1 BGB) bedarf es nicht (§ 634 Abs. 2 BGB), weil der Bauunternehmer sich weigert, die Anlage neu herzustellen.

Der Anspruch des Bauherrn auf "restlosen Ausbau" der Kachelofenanlage ergibt sich aus §§ 651 Abs.2,634 Abs. 4,467 S.1,346 S.1 BGB.
Auf Grund der vollzogenen Wandlung kehren sich die Leistungspflichten um. Im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses sind die Leistungen durch "Rückleistung" zurückzunehmen. Da die Kachelofenanlage unbrauchbar ist, ist die Wandlung durch Wiederentfernen und Wegnahme der Materialien wegen der Umkehr der Leistungspflichten durchzuführen. Die Einbaupflicht hat sich in eine Ausbaupflicht umgekehrt.
Der Ausbau und die Wegschaffung der Öfen und des Materials hat der Unternehmer auf seine Kosten durchzuführen, was sich schon aus der Umkehr der Leistungspflichten ergibt.
Da dem Besteller ein Wert nicht verbleibt, die Kachelofenanlage wird aus dem Gebäude entfernt, ist eine "Vergütung" entsprechend § 346 S.2 BGB an den Ofensetzer nicht zu zahlen. Die Arbeit zeigt sich am Werk. Der Ofensetzer hat vergeblich gearbeitet; er trägt das Risiko des Herstellungsvorgangs.

ß) Der "Heizungsfall"

Bei einer Heizungsanlage lassen sich die Heizkessel und die Heizkörper leicht abmontieren und entfernen. Der Unternehmer erhält damit seine Materialien zurück, die er anderweitig verwenden kann.
Was geschieht mit den fest mit dem Bauwerk verbundenen Heizrohren [248]? Hoen [249] schlägt vor, diese Frage so zu regeln, daß, soweit der Bauherr die Heizungsrohre noch verwenden könne, eine dem Wert der Heizungsrohre entsprechende Vergütung an den Heizungsbauer zu zahlen sei. Das ist im Ergebnis im Zuge der Tendenz der auch teilweisen Werkerhaltung und Vermeidung der Zerstörung wirtschaftlicher Werte dann richtig, wenn die verlegten Heizungsrohre, also ein Teil des Werkes, einen über den Wert der Rohre hinausgehenden objektiven Wert aufweist, was der Fall ist, wenn die Rohre weiterverwendet werden

---

247) h.M. vgl. nur Larenz § 53 II a. S. 226 f
248) richtige Fragestellung von Hoen S. 125
249) S. 125 unter Hinweis auf Palandt/Gramm 12. Aufl. § 634 Anm. 4

können, etwa ein anderer Heizungsinstallateur auf dieser Teilleistung aufbauen kann und das Werk, Einbau einer funktionierenden Heizung, durch Lieferung und Montage fehlerfreier Heizkörper und Heizkessel vollenden kann. In diesem Fall hat der Unternehmer Anspruch auf einen Wertausgleich hinsichtlich der dem Bauherrn verbleibenden Rohre in entsprechender Anwendung des §346 S.2 BGB. Sind die Rohre dagegen nicht verwendbar, etwa weil sie einen zu kleinen Durchmesser aufweisen, dann hat der Heizungsbauer auch die Rohre zu entfernen entsprechend seiner Rücknahmeverpflichtung.

ddd) Die Rechtsprechung zur Wandlung von Bauwerkverträgen

Aus der nicht sehr umfangreichen Rechtsprechung zur Wandlung, insbesondere zur Durchführung der Wandlung bei Bauverträgen über ganze Gebäude und Bauteile sollen einige Entscheidungen erörtert und unter den oben gefundenen Thesen zur Durchführung der Wandlung gewürdigt werden.

aaaa) Die Rechtsprechung zur Wandlung bei Verträgen über die Errichtung ganzer Gebäude

Nachdem das RG in einem Urteil vom 24.2.1903 [250] ausgesprochen hatte, daß auch bei dem auf die Herstellung eines Gebäudes gerichteten Werkvertrages die Wandlung nicht ausgeschlossen sei und die Schwierigkeit in diesem Fall nur in der Frage der "Vollziehung", gemeint ist die Durchführung, der Wandlung liege, hat sich das RG, soweit ersichtlich erst mit dem Urteil vom 31.5.1907 [251] mit der Wandlung eines Bauwerkvertrages befaßt:

Die beklagte Firma hatte vertraglich für den Neubau der Kirche der Gemeinde W. neben den Abbruch-, Erd-, und Pflasterarbeiten die Mauer- und Steinhauerarbeit gegen entsprechende Vergütung übernommen. Zur Herstellung des Mauerwerks verwendete sie "Kocherner Steine" statt der ausbedungenen "Mackweilerer Steine". Als das Mauerwerk die Höhe von 3 m erreicht hatte, erhob die Bestellerin Klage u.a. "auf Rückgängigmachung des Vertrages".

Das RG entschied zutreffend, daß § 634 Abs. 3 BGB nicht gilt, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt [252], und verurteilte die Beklagte, "in die Wandlung des Bauvertrages einzuwilligen" [253], ohne auf die Durchführung der Wandlung einzugehen.

---

250) JW 1903 Beilage S.58 Nr. 134
251) RGZ 66,167=JW 1907,479 Nr. 12
252) Mot II 225; insoweit Leitentscheidung, der sich die h.M. angeschlossen hat, vgl. oben S. 34, 36
253) also ganz im Sinne der Vertragstheorie !

Bei der Durchführung der Wandlung dieses Kirchenbauvertrages ist zu beachten, daß die Mauer erst die Höhe von 3 m erreicht hatte. Da die Steine ohne weiteres entfernt werden können und anderweitig verwendbar sind, ist die Wandlung durch Abbruch der Mauer und Entfernung der gewonnenen Steine vom Grundstück durchzuführen.

Das OLG Marienwerder [254] hatte sich mit folgendem Sachverhalt zu befassen:
Der Bauherr hatte Wandlungsklage erhoben, Wegnahme des erbauten Hauses und Rückgabe der geleisteten Vergütung verlangt und obsiegt. In dem vom OLG Marienwerder zu entscheidenden Rechtsstreit machte der Bauherr entgangene Miete geltend, weil der Bauunternehmer sich weigerte, "das Haus wegzunehmen".

Das Gericht lehnt § 635 BGB [255] als Anspruchsgrundlage ab, weil durch die Wahl der Wandlung das ius variandi des § 465 BGB (i.V.m. § 634 Abs. 4 BGB) verloren gegangen sei und spricht den Mietverlust aus § 286 BGB zu und führt dazu aus:

"Nach § 465 und § 894 ZPO hat sich die Wandlung allerdings erst mit Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß vollzogen. Der Anspruch auf Wegnahme des Hauses ist aber nicht erst damit entstanden, sondern gleichzeitig mit dem Anspruch auf Wandlung, d.h. mit der mangelhaften Erfüllung des Bauvertrages. Dem entsprach es auch, daß im Vorprozeß der Anspruch auf Wegnahme des Hauses gleichzeitig mit der Wandlungsklage vom Kläger geltend gemacht und ihm unbedenklich [256] zugebilligt wurde".

Das Gericht geht von "der Annahme" aus, "daß die Beklagten sich mit der Wegnahme des Hauses schon seit Herbst 1902 oder wenigstens Frühjahr 1903 in Verzug befunden haben".

Das Urteil zeigt, daß in der Tat die Durchführung der Wandlung durch Abriß eines Hauses durch den Unternehmer erfolgen kann und ist im übrigen ein Beispiel dafür, daß es Fälle gibt, in denen es darauf ankommt, ob man der Herstellungs- oder Vertragstheorie folgt, wenigstens, was die Begründung des geltend gemachten Anspruchs anbelangt [257].

Im Urteil vom 24.10.1919 [258] führt das RG für den Fall der Errichtung eines unbrauchbaren Lagerhauses mit Betonfußboden auf dem Bauplatz des Bauherrn, der das

---

254) OLG 21, 207 f
255) vgl. dazu S. 278 ff
256) an dieser Stelle Hinweis auf RG v. 16.09.04 RGZ 58, 423 ff betr. auf dem Grundstück des Erwerbers ausgeführte maschinelle Anlage für ein gewerbliches Unternehmen
257) vgl. dazu oben S. 63
258) Warn 13 (1920) Nr. 107 S. 136

Haus bezahlt und zu seiner Einrichtung weitere Aufwendungen gemacht hatte, aus, daß die Wandlung nicht alle der geltendgemachten Einzelansprüche decke, nämlich Beseitigung des Baues und Freilegung des Platzes, Rückzahlung des Werklohnes und Erstattung des Aufgewendeten. Daran ist richtig, daß ein Anspruch auf Beseitigung des Baues nur besteht, wenn das Bauwerk völlig wertlos ist, und daß ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen nur im Rahmen des § 347 BGB oder als Erfüllungskosten besteht, sonstige Aufwendungen nur als Schadenersatz geltend gemacht werden können [259].

Einschlägig für "die Durchführung der Wandlung eines Hausbauvertrages" ist ein Urteil des OLG Kiel vom 7.3.1935 [260], dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Im Jahre 1927 errichtete der Bauunternehmer (Kläger) auf dem Grundstück des Bauherrn (Beklagter) ein Wohnhaus. Die vereinbarte Vergütung betrug 12.000 RM,von denen bereits 11.000 RM bezahlt wurden. Mit der Klage verlangt der Bauunternehmer den Rest von 1.000 RM, während der Bauherr gestützt auf Wandlung wegen einer großen Anzahl schwerer Mängel Rückzahlung der von ihm entrichteten 11.000 RM begehrte.
Das LG wies die Klage ab und erklärte auf die Widerklage den Anspruch des Bauherrn auf Wandlung dem Grunde nach für berechtigt.
Das OLG Kiel wies die Berufung mit der Maßgabe zurück, "daß nicht der Anspruch auf Wandlung", sondern der Anspruch des Bauherrn auf Zahlung von 11.000 RM dem Grunde nach gerechtfertigt sei.
Das LG verurteilte den Kläger dann auf die Widerklage zur Zahlung von 5.000 RM.
Die Berufung wies das OLG Kiel in dem vorliegenden Urteil zurück.
Das OLG Kiel geht zutreffend davon aus, daß bei der Wandlung des Werkvertrages die Parteien einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben und danach der Bauunternehmer die erhaltenen 11.000 RM "an sich" zurückzuzahlen hat und führt dann aus:

---

259) vgl.noch RG v.23.10.13 Recht 1914 Nr.2045=Warn 7(1914)Nr.45 S.71 betr."Bauherstellung", allerdings betr.ges.Rücktritt; immerhin wird über § 327 BGB § 346 S.2 BGB angewandt, weil "die Rückgewähr" nach der "Natur der Sache nicht möglich" sei; vgl. RG v. 22.12.15 Warn 8(1915) Nr.79 S.110 f
Wegen Verwendung von u.a. "Klamotten" als Bausteine und Sand der Baustelle zur Herstellung des Mörtels bei der Errichtung eines Wohnhauses auf dem Grundstück des Bauherrn verlangte der Bauherr Wandlung und u.a. Abbruch des Hauses; im Hinblick auf § 634 Abs. 3 BGB hielt das RG die Wandlung für ausgeschlossen;
vgl.RG v. 9.4.37 SA 91 Nr.130 S.297 betr.Wandlung eines Hausbauvertrages ohne Stellungnahme zur Durchführung der Wandlung

260) SchlHAnz 1935 (Band 186/NF 99) 162 ff=Recht 1935 Nr. 7931

"Der Kläger beruft sich aber darauf, daß er mit der Rückgabe der Baustoffe des abgebrochenen Werkes nicht das zurückerhalten würde, was er geleistet hat, zumal ihm dann ja für die geleisteten Arbeiten noch deren Wert zu vergüten wäre. Unter solchen Umständen könne ihm die Annahme der Baustoffe nicht zugemutet werden. Seine Ansicht entspricht der in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung herrschenden Meinung [261]... Hiernach hat, um eine unwirtschaftliche Zerstörung von Werten zu vermeiden, der beklagte Bauherr das Werk zu behalten, und er muß alsdann den Kläger gemäß § 951 BGB und gemäß den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung entschädigen, sich also von seinem Rückforderungsbetrage von 11.000 RM den Wert des mangelhaften Gebäudes absetzen lassen".

Die Ausführungen sind im Ergebnis richtig. Anzumerken ist, daß in den Fällen der Rücknahme der verwendeten Materialien kein Entgelt für die erbrachte Werkleistung zu zahlen ist, weil dann die sich in den Materialien repräsentierende Werkleistung dem Bauherrn nicht verbleibt. Ist die Rückgewähr wirtschaftlich nicht möglich, so ist nicht § 951 BGB anzuwenden, sondern § 346 S.2 BGB. Etwas anderes sagen auch die vom Gericht genannten Autoren nicht. Die meisten gehen von § 346 S.2 BGB aus oder lassen einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für den Wertausgleich einfach weg.

Interessant ist die Berechnung des Wertes des Gebäudes:

Das LG legte im Anschluß an den Sachverständigen, der den Verkaufswert des Grundstückes mit aufstehendem fehlerhaften Gebäude auf 13.000 bis 14.000 RM geschätzt hatte, einen Verkaufswert von 13.000 RM zugrunde und zog davon den Wert des Grund und Bodens (4.250 RM) und den Wert der Gartenanlage (800 RM) ab. Außerdem berücksichtigte der Sachverständige, daß "dem Kläger nicht ... der ganze Wert des Gebäudes gutzubringen ist", weil der Bauherr "eine Anzahl von Arbeiten an dem Gebäude selbst ausgeführt hat", die abzusetzen seien (700 RM). Das LG setzte außerdem noch einen Betrag von 1.200 RM ab "in der Erwägung, daß das Gebäude mit erheblichen Mängeln behaftet sei", so daß nur ein geringerer Kaufpreis als der Durchschnittserlös erzielt werden könne.
Das OLG Kiel folgt dieser Berechnung im wesentlichen, nimmt aber dann "eine freie Schätzung" der Wertminderung des Grundstücks wegen des aufstehenden fehlerhaften Gebäudes gemäß § 287 ZPO vor und kommt zu demselben Ergebnis wie das LG, indem es "den Gesamtwert des Gebäudes, d.h. die Bereicherung des Beklagten auf 6.000 RM" schätzt, so daß der Bauunternehmer an den Bauherrn von dem gezahlten Werklohnteilbetrag von 11.000 RM 5.000 RM zurückzuzahlen hat.

---

261) es folgen u.a. folgende Zitate: Oertmann Recht 1920, Sp. 153; Stark JW 1929,1727; Werneburg JR 1930, 210; Eplinius 1.Aufl.S.112 f; allerdings keine Nachweise aus der Rechtsprechung

Das insbesondere wegen der Wertberechnung interessante Urteil ist im Ergebnis richtig. Das Haus wies trotz seiner Mängel einen objektiven Wert auf. Die Rückgewähr "in natura" war daher wirtschaftlich nicht möglich. Der Bauherr mußte deshalb den Hausbau behalten und dem Bauunternehmer dessen objektiven Wert abzüglich eigener notwendiger Verwendungen erstatten. Grundlage der Wertberechnung ist das fehlerhafte Bauwerk auf dem Grundstück des Bestellers. Da beides nicht dem Wert entsprechend voneinander trennbar ist, ist von dem Wert des Ganzen auszugehen im Vergleich zu dem Wert des Grundstücks ohne aufstehendem Gebäude. Vom Verkaufswert ist dabei auszugehen, nicht vom Nutzungswert [262], denn es kommt auf die sofortige Realisierbarkeit an, abgesehen davon, daß Verkaufs- und Nutzungswert bei Wohnhausgrundstücken in engem Zusammenhang stehen [263]. Dieser Betrag ist nochmals zu ermäßigen, weil ein fehlerhaftes Bauwerk auf dem Grund und Boden steht und daher die Verkaufschancen geringer sind. Dafür sind etwa 20 % anzusetzen. Von diesem Betrag ist dann der Wert des Grund und Bodens sowie der Wert anderer Grundstücksbestandteile, die nicht das Bauwerk ausmachen (Gartenanlage, Gleisanschluß, andere Gebäude usw.), abzuziehen. Der dann verbleibende Wert ist der objektive Wert des Bauwerks. Davon sind noch im Wege der Anrechnung die Aufwendungen des Bauherrn für Werklöhne an andere Unternehmer aber auch der Wert eigener Arbeit des Bauherrn abzusetzen [264].

Den auf diese Weise errechneten Wert des fehlerhaften Bauwerks, das dem Bauherrn verbleibt, muß der Bauherr dem Bauunternehmer in Geld zahlen oder sich auf seinen Anspruch auf Rückzahlung des Werklohnes anrechnen lassen [265].

---

262) wie das OLG Kiel erwägt, aber nicht weiter erörtert

263) worauf das OLG Kiel zutr.hinweist;werden doch die Kaufpreise von Wohnhäusern nach dem Vielfachen des jährlichen Mietertrages ermittelt.

264) eigene Arbeit ist jedenfalls dann eine Verwendung, wenn die Arbeitskraft sonst anderweitig gegen Entgelt verwertet worden wäre,vgl.OLG Rostock v.4.6.13 OLG 29,353;das OLG Kiel geht darauf nicht ein

265) vgl. noch OLG Braunschweig v.10.3.53 Bundesbaublatt 1954,18 f zur Rückgewähr einer Bauwerkleistung bei vom Erbauer des Bauwerks veranlaßtem ges.Rücktritt; das Gericht wendet § 346 S.2 BGB an und legt als Wert den von den Parteien für den Wiederaufbau des im Kriege zerstörten Gebäudes vertraglich festgelegten Betrag zugrunde.

bbbb) Die Rechtsprechung zur Wandlung bei Teilbauverträgen

α) Hausteile

Ein Urteil des RG vom 26.1.1934 [266] befaßt sich mit folgendem Sachverhalt:

Der Kläger bestellte für sein Gärtnereigrundstück einen "Gemüse- und Tomatenblock (Gewächshaus) mit Heizungsanlage" für 8.000 RM. Der Block wurde auf einer Betonunterlage, die der Kläger hatte herstellen lassen, "aufmontiert". Die Heizungsanlage wurde später eingebaut. Der Beklagte sicherte zu, daß die Gewächshausanlage einen durchgehenden Winterbetrieb für Pflanzenaufzucht ermögliche. Der Kläger rügte u.a., daß die vorhandenen Rohre der Heizungsanlage für eine wirksame Beheizung des Gewächshauses nicht ausreichten. Als der Unternehmer sich weigerte, 6 Rohrstränge nachzulegen, klagte der Besteller auf Wandlung.
LG und OLG hielten die Wandlung für berechtigt(§§ 651, 634,633 BGB) und verurteilten den beklagten Unternehmer zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen und zur Abreißung des Gewächsblocks und dessen Entfernung vom Grundstück des Bestellers.
Das RG hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das OLG Breslau zurück mit der Begründung, die Vorinstanz habe die schon in der 1. Instanz erhobene Einrede der Verjährung unerörtert gelassen und damit § 551 Nr. 7 ZPO verletzt.

Die Durchführung der Wandlung dieses Vertrages [267] ist vom OLG Breslau richtig entschieden worden: Das Gewächshaus war auf die zur Verfügung gestellte Betonunterlage lediglich "aufmontiert" und die Heizungsanlage "eingebaut" worden. Beides ist von dem bestellereigenen Stoff trennbar und repräsentiert auch die Hauptleistung, während demgegenüber die Arbeit am bestellereigenen Stoff, das Aufmontieren und der Einbau, zurücktritt. Wegen der Umkehr der Leistungspflichten auf Grund der Wandlung hat der Unternehmer das Gewächshaus zu demontieren, die Heizung auszubauen und die gelieferten Teile vom Grundstück des Bestellers zu entfernen, und zwar auf seine Kosten. Da dem Unternehmer das Werk im wesentlichen in Gestalt des Materials wieder zufällt und dem Besteller von der Werkleistung nichts verbleibt, ist kein Raum für einen Wertersatz nach § 346 S.2 BGB. Die Rückgewähr der Werkleistung erfolgt also in Natur, weil wirtschaftliche Werte nicht

---

266) Warn 26 (1934) S.75
267) ein Bauwerkvertrag (§ 651 Abs. 2 BGB), denn die vom Unternehmer gelieferten Teile werden mit dem Betonblock fest verbunden und die Heizungsanlage installiert.

zerstört werden.

ß) Teilleistungen an Gebäuden

Unter Teilleistungen an Gebäuden werden das Errichten von Wänden, das Einziehen von Decken, die Bedachung von Häusern verstanden.

Das OLG Hamburg befaßt sich in diesem Urteil vom 4.2.1907 [268] mit der Wandlung eines Vertrages über die Herstellung von Zimmerdecken in verschiedenen Häusern. Die Decken, deren Wert sich für den Unternehmer auf 2.500 M belief [269], waren mangelhaft. Das Gericht verneint die Zulässigkeit der Wandlung, meint aber wohl die Unmöglichkeit der Durchführung der Wandlung "in natura", wenn es ausführt:

"Nur scheinbar könnte sich die Beklagte auf § 634 berufen, der ihr das Recht gäbe, das Werk zu wandeln. Denn wenn sie auch erklärt hat, daß dem Kläger (scil. Bauunternehmer) für Fortnehmen der Decken die Häuser zur Verfügung stehen, so ist sie doch nicht im Besitz der Häuser und es ist klar, daß sich die Eigentümer nicht darauf einlassen werden, die Häuser gänzlich oder so gut wie gänzlich zu räumen, als es erforderlich wäre, um sämtliche als schadhaft bemängelte Zimmerdecken herauszureißen".

Diese Begründung für die Unzulässigkeit der Wandlung oder Unmöglichkeit der Durchführung der Wandlung in Natur ist unzutreffend. Auf die sachenrechtliche Lage kommt es dabei nicht an. Selbst wenn die Eigentümer sich weigern, die Decken entfernen zu lassen, und auch aus dem Innenverhältnis zwischen Besteller und Eigentümern nicht dazu gezwungen werden können, die Häuser zum Herausreißen der Decken zur Verfügung zu stellen, so gibt § 354 BGB, der über §§ 651 Abs.2, 634 Abs. 4,467 S.1 BGB auf die Wandlung dieses Vertrages anwendbar ist, dem Unternehmer genügend Schutz, wenn der Besteller die Decken nicht zum Abbruch zur Verfügung stellen kann.

Der Durchführung der Wandlung durch Abriß steht indes im vorliegenden Fall der Grundsatz entgegen, daß wirtschaftliche Werte nicht zerstört werden sollen. Wenn bei einer vereinbarten Vergütung von

---

268) OLG 8,421; vgl.auch OLG Rostock v.15.1.32 MecklZ 48(1932) Sp.376 betr. Arbeiten an einem Seitenflügel eines Hauses; Wandlung wird vom Gericht für möglich gehalten

269) offenbar ist damit die vereinbarte Vergütung gemeint

2.500 M mit 690 M sich die Mängel "gründlich beseitigen" lassen, so weisen die Decken einen über den Materialwert hinausgehenden objektiven Wert auf. Es ist daher der objektive Wert der erbrachten, wenn auch fehlerhaften Werkleistung entsprechend § 346 S.2 BGB in Geld auszugleichen, wobei der vorliegende Fall die Besonderheit aufweist, daß Besteller und Eigentümer der Häuser auseinanderfallen. Nichtsdestoweniger ist vom Besteller der objektive Wertzuwachs an den Häusern im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses auszugleichen, welchen Betrag der Besteller im Rahmen der zwischen ihm und den Eigentümern der Häuser bestehenden Rechtsbeziehungen an diese weitergeben mag. Das OLG Hamburg hilft sich schließlich mit § 634 Abs. 3 BGB.

Einem Urteil des KG v. 10.10.1907 [270] lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Bauherrin bestellte 350 m^2 massive Wände für einen Neubau. Der Unternehmer stellte eine Wand von 30 m^2 her, die die Bauherrin als unbrauchbar befand und deren Wegnahme verlangte sowie die Herstellung weiterer Wände verbot. Die Klage des Unternehmers auf Vergütung des Geleisteten wurde abgewiesen.

Das Gericht brauchte wegen der einredeweise geltendgemachten Wandlung auf die Frage der Rückgewähr der erbrachten Bauleistung nicht einzugehen, zumal die Bauherrin die erstellte Wand bereits selbst abgebrochen hatte. Es neigt dazu, daß die Wandlung durch Abbruch vorzunehmen gewesen wäre, wenn es ausführt, daß ununtersucht bleiben könne, "ob er (scil. der Unternehmer) verhindert worden ist, die Wand fortzunehmen", weil der Unternehmer daraus keinen Geldanspruch herleitete.

Ein weiteres Urteil des RG [271] befaßt sich mit der Teilwandlung von Bauverträgen über "die Ausführung mehrerer Gebäude":

Die Bauherrin bemängelte die Ausführung der Dächer wegen Verwendung nicht probegerechten Stoffes und "begehrte in soweit Wandlung des Vertrages" und beantragte, die Baufirma zur Einwilligung in die Wand-

---

270) OLG 17,421; vgl. auch RG v.9.10.08 RGZ 69,381 ff betr. Ausführung eines Teils der für die Bedachung eines Fabrikgebäudes erforderlichen Arbeiten (Anbringung der Betonschicht)

271) v.12.10.20 SA 76 Nr.80 S.126 = Recht 1921 Nr.2576

lung zu verurteilen [272] und beantragte weiter, die Baufirma zu verurteilen, die Bedachung zurückzunehmen und zu beseitigen.
Die Baufirma wurde vom LG verurteilt, die Dachbedeckungen zu beseitigen und zurückzunehmen.
Das OLG bestätigte dieses Urteil, allerdings auf der Grundlage eines Schadenersatzanspruchs. Es hatte Bedenken, die Wandlung nur wegen der Dächer zuzulassen, wenn "die Herstellung ganzer Gebäude" vereinbart ist. Die einzelnen Teile eines Gebäudes wie das Dach könnten nicht als mehrere verdungene Sachen angesehen werden. Die Arbeiten an den einzelnen Teilen, wie den Dächern, seien nicht Gegenstand besonderer einzelner Werkverträge, sondern es liege ein Gesamtwerkvertrag vor.
Das RG verwies die Sache an das OLG zurück mit der Begründung, die Bauherrin habe sich für die Wandlung entschieden, das OLG könne daher nicht den Schadenersatzanspruch nach § 635 BGB zur Grundlage seines Urteils machen.

Das Urteil des LG wäre jedenfalls dann richtig, wenn nur das Dachdecken für die Häuser Gegenstand des Vertrages gewesen wäre und die Bedachungen völlig unbrauchbar gewesen wären.
Die Teilwandlung beim Werkvertrag [273] richtet sich wegen § 634 Abs. 4 BGB nach den Vorschriften über die Teilwandlung beim Kauf (§§ 469-471 BGB). § 469 BGB auf den Werkvertrag übertragen setzt voraus, daß von mehreren anzufertigenden Sachen einzelne fehlerhaft sind. Hier handelt es sich aber nicht um die Herstellung mehrerer Sachen, die das Gebäude ausmachen, sondern um die Herstellung mehrerer Gebäude, von denen jedes für sich eine Einheit bildet. Man kann zwar die Verdingung eines Neubaus in ihre verschiedenen Teilarbeiten aufgliedern, Ausschachtungs-, Fundamentierungs-, Maurer-, Dachdecker- und Installationsarbeiten usw., wodurch aber das gesamte geschuldete Werk nicht zu mehreren Sachen i.S.d. § 469 S.1 BGB wird. Man könnte daran denken, § 469 S.2 BGB anzuwenden. Die Bedachung und das Gebäude sind aber nicht zwei verschiedene Sachen, sondern das Dach bildet einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes(§ 94 Abs. 2 BGB). § 469 BGB ist auf Mängel eines wesentlichen Bestandteils einer einheitlichen Sache nicht anwendbar [273]. Dieser Grund-

---

272) also Vertragstheorie !
273) so schon RG v. 27.3.07 JW 1907,300 Nr. 2 betr. begehrte Wandlung eines Tauschvertrages über ein Grundstück nebst Gebäude, in dessen den Fußbodenbelag bildenden Dielen des Kellers Schwamm war; das RG hält § 469 BGB nicht für anwendbar, weil die Dielen, mit denen der Keller gedielt ist, einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes i.S.d. § 94 Abs.2 BGB bilden, vgl. dazu oben S.179

satz ist entsprechend dem Rechtsgedanken des § 469 Satz 2 BGB dahin einzuschränken, daß die Teilwandlung zulässig ist, wenn der wesentliche Bestandteil leicht abtrennbar ist. Das bedeutet für den Bauvertrag: Ist das Teilwerk im wesentlichen als solches zurücknehmbar, z.B. ein Fertigdach wird aufgesetzt und montiert, so ist die Teilwandlung zulässig. Besteht es dagegen im wesentlichen aus Verarbeitung von Material am anderen Stoff,das allenfalls als solches zurücknehmbar ist, dann ist die Teilwandlung ausgeschlossen, weil das Material dann nicht dem Werk gleichzusetzen ist und damit die Teilleistung nicht ohne Nachteil für den Unternehmer von dem übrigen Haus abgetrennt werden kann.

Liegt ein einheitlicher Bauvertrag in konventioneller Bauweise vor, so ist der Bauherr berechtigt, den ganzen Vertrag zu wandeln, wobei auf der Hand liegt, daß, sind wie hier lediglich die Dächer fehlerhaft, das Bauwerk einen über den Materialwert hinausgehenden objektiven Wert aufweist mit der Folge, daß eine Rückgewähr der Bauleistung durch Abbruch ausscheidet und die Rückgewähr durch Ausgleich des Wertes in Geld zu erfolgen hat.

Einem Urteil des OLG Nürnberg vom 23.10.1953 [274] lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der klagende Dachdeckermeister übernahm vertraglich die Dacheindeckung des Wohnhauses und der Lagerhallen des beklagten Bauherrn. Die Dachdeckung sollte in 2 Lagen erfolgen: mit einer Lage von Glasfaser - R,350 er, feinbesandet, als Unterlage und mit einer Lage - R, 350 er, grob besteint, als obere Lage. Die untere Lage sollte auf die Schalungsfläche aufgenagelt, die obere Lage vollflächig mittels heiß flüssiger Bitumenklebemasse auf die untere aufgebracht und verdeckt abgeheftet werden 275). Die Dacheindeckung mit Dachpappe war fehlerhaft. Der Bauherr lehnt Minderung ab, "erkennt" aber zugleich "an", "daß bei der Art des Vertragsverhältnisses der Parteien Wandlung nicht möglich ist", auf welchem Standpunkt auch das Gericht offenbar steht. Der Bauherr verlangt eine Neueindeckung der Dächer.

Einen Anspruch auf Neueindeckung der Dächer hat der

---

274) Sch-F Z 2414 Bl. 97

275) entgegen dem OLG Nürnberg kein Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache, sondern Vertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB, weil das zu deckende Gebäude als Hauptsache, die gelieferten Dachpappen als Nebensachen anzusehen sind und eine Verlegung der Dachpappen vorgesehen ist.

Bauherr nur, wenn das Werk noch nicht als vertragsgemäße Erfüllung abgenommen ist (§ 640 BGB). Nach der Abnahme sind nur noch Mängelbeseitigungsansprüche an dem konkreten Werk und sekundär dann Wandlung und Minderung gegeben.

Entgegen der Auffassung des Bauherrn und des Gerichts ist eine Wandlung durchaus zulässig; sie ist nur durch Wertausgleich durchzuführen, wenn wegen Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur dem Bauherrn eine wertmäßig über dem Materialwert liegende Bauleistung verbleibt.

γ) Heizungsanlagen

Das OLG Marienwerder [276] befaßt sich mit folgendem Sachverhalt:

Eine Installationsfirma führte in der Villa der Bestellerin eine Niederdruck-Heizungsanlage aus, die auch betriebsfähig war, aber mangelhaft funktionierte, weil sie die einzelnen Räume nicht ordnungsgemäß erwärmte [277]. Das Gericht führt zutreffend aus, daß die Bestellerin wandeln könne [278].

Ein Urteil des OLG Dresden vom 7.1.1910 [279] befaßt sich mit folgendem Sachverhalt:

Gegenstand des Vertrages war "ein Wandkamin mit Dauerbrandeinsatz gebrauchsfertig hergestellt", der im Wohnzimmer der Bestellerin an stelle des bisherigen zu setzen war. Der Unternehmer hatte die Kacheln, den Einsatz und das sonstige Material für den Ofen zu liefern und an Ort und Stelle den Ofen zu bauen [280].

Weil der Ofen nicht ordnungsgemäß heizte, da die Falltüre nicht schließt, der Fülltrichter statt durchweg konisch unten zylindrisch verläuft, hält das Gericht die Wandlung für berechtigt, ohne zu ihrer Durchführung Stellung zu nehmen.

---

276) v.27.6.03 PosMonSchr 7 (1904)71=Recht 1904 Nr. 1636

277) Weil eine Niederdruck-Dampfheizungsanlage "abgesehen von der Feuerungsanlage, dem Kessel und den Heizkörpern (Radiatoren) aus einem Rohrleitungssystem, das in das Haus eingebaut wird und ohne teilweise Zerstörung oder doch Beschädigung der Mauern aus dem Hause gar nicht entfernt werden kann" besteht, qualifiziert das Gericht den Vertrag zutreffend als einen "über Veränderung einer Sache, nämlich des Hauses, durch Errichtung derselben (scil, der Heizungsanlage) zur Erwärmung mittels Dampfes", nimmt also Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs.2 BGB an.

278) S.73; die Wandlung ist durchzuführen wie in dem "Heizungsfall" vgl. oben S. 190 f

279) SächsAnn 31 (1910) 362=Recht 1910 Nr. 3752

280) Weil der Ofen in das Haus "eingefügt" und "nach der Gestaltung von Wand und Esse in der Zimmerdecke, wo er steht, eingebaut" ist und "der eiserne Einsatz sich nur unter der Beseitigung des Kachelanbaues herausnehmen läßt", wertet das Gericht den Vertrag zutr. als Vertrag i.S.d.§ 651 Abs. 2 BGB.

Da "eine beliebige anderweitige Verwendung des Wandkamins und seiner einzelnen Teile ohne deren Beschädigung oder Wertminderung ausgeschlossen" war, ist davon auszugehen, daß das Werk nicht in der Weise abtrennbar ist, daß dem Unternehmer bei Abtrennen des Werkes dessen wesentlicher Wert in Gestalt der bearbeiteten Zutaten verbleibt, sondern daß die Arbeitsleistung überwiegt. Daher ist die Wandlung wie folgt durchzuführen: Wenn der Kamin trotz seiner Fehlerhaftigkeit noch einen über den Materialwert hinausgehenden objektiven Wert hat, muß die Bestellerin ihn behalten und einen Wertausgleich in Geld entrichten. Ist das nicht der Fall, muß der Unternehmer den Kamin auf seine Kosten abbrechen und das anfallende Material entfernen.

Ebenfalls mit der Wandlung eines Werkvertrages über eine Heizungsanlage befaßt sich ein Urteil des OLG Hamburg vom 15.6.1911 [281]:

Der Besteller klagte u.a. die für die Heizung gezahlte Vergütung in Höhe von 1.200 M "aus Wandlung" ein. Das Gericht spricht diesen Betrag zu und führt aus: "Allerdings wäre unter dem Gesichtspunkt der Wandlung der Kläger an sich die empfangene Leistung, d.h. die Heizungsanlage,zurückzugewähren verpflichtet".

Das heißt aber nur, daß der Kläger die Heizungsanlage zum Herausreißen dem Unternehmer zur Verfügung zu

---

281) OLG 24, 381 f;
vgl. ferner RG v. 6.2.14 Warn 7 (1914) Nr. 152 S.206 f = JW 1914 S.467 Nr. 7 betr. die Errichtung eines Ofens; die Wandlung war ausgeschlossen (§§ 651,634 Abs. 4,467 S.1,351 BGB), weil der Besteller den Ofen hatte abreißen und unter Verwendung der dabei angefallenen Materialien hatte umbauen lassen;
vgl. ferner RG v. 2.3.20 Warn 13 (1920) Nr.155 S.189 betr. die Errichtung eines Fischbratofens (Kettenofen);
vgl. ferner OLG Braunschweig v. 20.6.11 SA 57 Nr.4 S.7 betr. Herstellung einer Fleischkühlanlage bestehend aus einer Kältemaschine und die dazu gehörigen Verdampferapparate speziell für die Kältekammern; die Röhren hinsichtlich ihrer Längen und Biegungen waren den betreffenden Räumen anzupassen und alles durch Einbauen der Maschinen und Röhren in die verschiedenen Räume des Gebäudes mit dieser in feste Verbindung zu bringen. Der Besteller hatte auf Grund Wandlung bereits ein Urteil "auf Beseitigung der Maschinen" erstritten und verlangte nunmehr Schadenersatz. Das Gericht wertete die erste Klage als Teilschadenersatzklage auf Beseitigung der Anlage bei Zurückweisung der gesamten Leistung (sogen. großer Schadenersatz, vgl. dazu unten S. 278 ff).

stellen und die Wegnahme zu dulden war, nicht aber die Demontage selbst vorzunehmen hatte. Das Gericht ist derselben Ansicht:

"Nach dem Gutachten hätte aber die Entfernung der Anlage aus den Geschäftsräumen des Klägers, die der Beklagten (scil. der Heizungsfirma) selbst oblegen hätte, ebenso viele Kosten verursacht, wie für die herausgenommenen Stücke Heizröhren, Heizschlangen etc. als Alteisen zu erzielen gewesen wäre". Die "Beklagte stände sich also ohne Angebot der noch nicht demontierten Anlage genau so gut wie wenn von ihr nur die Leistung welche sie empfangen hat, d.h. die Vergütung von 1.200 M zurückgefordert würde".

Das Gericht vermißt offenbar die Zurverfügungstellung der Anlage durch den Besteller (§ 348 BGB). Diese wird indes in dem Wandlungsbegehren zu sehen sein.

Weiter befaßt sich die Entscheidung mit der Frage, ob die für Maurerarbeiten zu dieser Anlage bezahlten 300 M ersetzt verlangt werden können. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Erfüllungskosten [282] zu bejahen, weil die Heizung notwendigerweise eingemauert werden muß, um sie gebrauchsfähig zu machen.

δ) Lieferung und Anbringung von Türen, Rolläden an Neubauten

Ein Urteil des OLG Frankfurt vom 26.11.1957 [283] befaßt sich mit folgendem Sachverhalt:

Ein Tischlermeister lieferte einer Wohnungsbaugesellschaft für Wohnsiedlungsbauten 3 "Haustüren einschließlich der sogenannten Blendrahmen" auf Grund folgender Bestellung:
"Hauseingangstür 1,05/2,05 m i.L. groß, mit zwei feststehenden Seitenstücken für den Einbau der Briefkastenanlage, die ganze Öffnung 1,72/2,085 m groß, Blendrahmen und Rahmen aus 45 mm, die Mittelpfosten aus 6/8 cm starken Eichenholz, mit angeschobenen Kehlstößen, nach besonderer Zeichnung und Angabe zu liefern, gangbar einzusetzen, beiderseitig zu verkleiden, anzuschlagen und die bauseitig gelieferten Briefeinwürfe anzubringen".
Die Bauherrin beanstandete die gelieferten und eingebauten 3 Türen, weil die Türen nicht aus massivem Eichenholz waren, sondern in furnierter Ausführung geliefert wurden und somit mangelhaft seien, zumal sich das Furnier bereits teilweise abgelöst habe. Der Tischlermeister lehnte die Lieferung neuer Türen ab und verlangte den vereinbarten Preis. Die Bauherrin erklärte daraufhin die Wandlung des Vertrages [284].

---

282) vgl. oben S. 83 ff
283) Sch-F Z 2.220 Bl. 3 ff
284) der vom OLG Frankfurt als Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache gewertet wird; richtiger wohl Vertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB

Das Furnier, so führt das Gericht im Anschluß an den Sachverständigen aus, werde durch Regen angegriffen, quelle auf und ziehe sich später beim Trocknen wieder zusammen, wodurch Risse und Blasenbildung entstünden mit der Folge, daß schließlich die gesamte Tür unbrauchbar werde. Wegen dieser erheblichen Mängel der 3 Haustüren und der Blendrahmen hält das Gericht die Wandlung für berechtigt, ohne zur Rückgewähr der Werkleistung Stellung zu nehmen.

Da die gefertigten Türen und Blendrahmen im Verhältnis zum Einbau in den Neubau die überwiegende Werkleistung darstellen und leicht entfernbar sind, der Wert des Werkes im wesentlichen in den hergestellten Türen und Blendrahmen liegt, der dem Tischlermeister bei Rücknahme von Türen und Blendrahmen wieder zufällt, ist der Tischlermeister wegen der Umkehr der Leistungspflichten verpflichtet durch Rückleistung die 3 Türen samt Blendrahmen auf eigene Kosten aus dem Neubau zu entfernen und fortzuschaffen.

Einem Urteil des OLG Celle vom 3.3.1967 [285] liegt folgender Fall zugrunde:

Die Unternehmerin war vertraglich verpflichtet, neun Rolläden aus bestem schwedischen Kiefernholz für den Wohnhausneubau des Bauherrn zu liefern und einzubauen. Die Arbeiten wurden auch durchgeführt. Der Bauherr beanstandete die Rolläden im Wohn- und Eßzimmer, weil das Holz ausgesplittert sei, die Rolläden schräg führten und nicht ganz herunterzulassen bzw. infolge Beschädigung des Betriebes nicht zu bedienen gingen, und machte noch weitere Mängel geltend, ohne daß die Mängel abgestellt wurden. Die Unternehmerin klagte den Restbetrag der vereinbarten Vergütung ein. Der Bauherr beantragte unter Hinweis auf Wandlung Klagabweisung und erhob Widerklage u.a. dahin, die Unternehmerin zu verurteilen,
"die in seinem Hause im Wohnzimmer eingebauten 3 Rolläden auszubauen und zurückzunehmen" und die als Anzahlung auf die Vergütung geleisteten 800 DM zurückzuzahlen.
Das LG entsprach dem Wandlungsbegehren des Bauherrn hinsichtlich der 3 Rolläden im Wohnzimmer und verurteilte die Unternehmerin auf die Widerklage "zu Ausbau und Zurücknahme der im Wohnzimmer angebrachten Rolläden" und wies die Widerklage im übrigen ab.
In der Berufungsinstanz verlangte der Bauherr u.a. weiter die Rückzahlung des angezahlten Betrages und "die eingebauten neun Rolläden wieder auszubauen und zurückzunehmen".

---

285) Sch-F Z. 2.212 Bl 27 ff = MDR 1967, 669 = ZMR 1967, 179 = VersR 1967, 410 = BB 1967, 433 = B 1967, 633 = NdsRpfl 1967,177 "Rolladenfall"

Das OLG Celle wertet die verdungene Erstinstallation aller im ganzen Haus erforderlichen Rolläden als einheitliches Werk [286] mit der Folge, daß Mängel an den Rolläden des Wohnzimmers Mängel des ganzen Werkes bedeuten und sich die Wandlung nicht nur auf die Wohnzimmerrolläden, sondern auf sämtliche angebrachte Rolläden bezieht.

Die Wandlung ist wie folgt durchzuführen:

Neben der Verpflichtung, den Werklohn zurückzuzahlen, hat die Unternehmerin wegen der Umkehr der Lieferungs- und Einbaupflicht in die Verpflichtung, die Rolläden wieder auszubauen und wegzunehmen, durch die Wandlung die Pflicht, die Rolläden zu entfernen. Die Rolläden sind abtrennbar. Eine wirtschaftliche Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur liegt nicht vor, weil die spezialgefertigten Rolläden den eigentlichen Wert des Werkes repräsentieren und der Unternehmerin wieder zufließen. In der Anmerkung der Schriftleitung der Baurechtssammlung [287] wird darauf hingewiesen, daß die Wandlung in der Bauwirtschaft verhältnismäßig selten zum Tragen komme, "weil damit angesichts bereits erbrachter Bauleistungen eine Vernichtung von Werten infolge Abbruch ... verbunden ist". Damit ist offenbar die Durchführung der Wandlung in Natur angesprochen, die dann nicht zulässig ist, wenn die Rückgewähr der erbrachten Leistung durch Wegnahme zur Zerstörung wesentlicher wirtschaftlicher Werte führt, und, ist das der Fall, durch einen Wertausgleich ersetzt werden muß. Hier erhält die Unternehmerin ihre Leistung, die fehlerhaften Rolläden, im wesentlichen zurück. Dem gegenüber tritt die Arbeit des Verbindens der Rolläden mit dem Gebäude zurück. Für den Einbau erhält die Unternehmerin nichts, weil dem Besteller eine Leistung nicht verbleibt.

Das OLG verurteilte die Rolladenfirma zutreffend zur Rückzahlung der Werklohnanzahlung und zum Ausbau und zur Rücknahme der neun eingebauten Rolläden.

---

286) und zwar als Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651 Abs. 1 BGB; richtiger wohl Werkvertrag i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB

287) aaO Bl 28 v

eee) Die Wandlung bei Verträgen über Fertighausbauten

Mit Verträgen über Fertighausbau [288], der immer mehr an Boden gewinnt [289], sind Bauverträge, also Werkverträge i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB gemeint, die den Bau von Wohnhäusern, Schul- und Industriebauten usw. mit vorgefertigten, genormten Bauelementen auf bestellereigenem Grund und Boden zum Gegenstand haben. Dabei ist allerdings zu beachten, daß viele Fertigteilhersteller die Montage der Fertigteile nur ab Fundamentoberkante oder ab Kellerdecke übernehmen; die Fundamentierung bzw. Unterkellerung also Sache des Bauherrn ist [290]. Von den häufig verwendeten sehr unterschiedlichen Lieferungsbedingungen der Fertigbauunternehmer [291] soll hier abgesehen und untersucht werden, ob bei einem dem BGB unterworfenen Vertrag die Wandlung zulässig ist und wie sie durchzuführen ist.

Auch beim Fertighausbauvertrag ist die Wandlung zulässig. Ihre Durchführung stößt nicht auf derartige Schwierigkeiten wie bei den Bauten in konventioneller Bauweise, da die verwendeten Teile sich i.d.R. leicht demontieren und wegschaffen lassen, ohne daß sie durch die Demontage entwertet werden und anderweitig nicht mehr verwendbar sind. Beim Fertighausbau ist daher die Rückgewähr des Werkes in Natur, d.h. durch Wegnahme des Fertighauses durchzuführen, weil durch die Entfernung des Baues wirtschaftliche Werte nicht zerstört werden und das bei der Demontage anfallende Material den Wert des Werkes im wesentlichen darstellt. Daher bestehen gegen die Durchführung der Wandlung eines Fertighausbauvertrages durch Abbruch im allgemeinen keine Bedenken [292].

---

288) dazu allgemein Ulrich BlGBW 1962,346; Graba MDR 1974, 975 ff

289) Herding/Schmalzl 48.1 S.645

290) vgl. Herding/Schmalzl 48.4 S. 647

291) vgl.nur die Ergänzenden Bestimmungen für Fertigteilbauten zur VOB/B herausgegeben vom Bauverlag GmbH Wiesbaden

292) im Ergebnis auch Häring, Fertighausbau, S.101 f, der aber die Wandlung wohl auf die Fälle, in denen "ganz erhebliche Mängel" vorliegen, beschränkt sehen will.

d) Die Wandlung bei Werkverträgen i.S.v. § 651 Abs. 2 BGB bei Beteiligung mehrerer Unternehmer auf Grund selbständiger Verträge

Beispiel: [293]

Eine Gemeinde läßt ein Hallenbad errichten. An dem Bau waren u.a. ein Bauunternehmer, 2 Installateurmeister und ein Dachdeckermeister, der die Isolierungen herzustellen hatte, beteiligt. Nach dem Leistungsverzeichnis war für die Bauarbeiten am Beckenumgang um das Schwimmbecken vorgesehen, daß zunächst der Bauunternehmer auf den Rohbeton als Wärmeisolierschicht gegen ein Abstrahlen der Wärme nach unten eine 2 cm dicke Matte Estrich-Dämmfilz und darüber eine Lage Pappe verlegte. Anschließend hatten die beiden Installateure das Rohrregister für die Fußbodenheizung zu erstellen und anzuschließen. Dann sollte der Bauunternehmer den Heizestrich aufbringen. Darüber hatte dann der Dachdeckermeister als Feuchtigkeitsisolierung gegen von oben eindringendes Wasser eine Schicht Bitumen-Glasvliespappe zu verkleben. Endlich war darüber ein Plattenbelag zu verlegen. Die Installateurmeister hatten außerdem noch die Montage der Sitzbankheizung an der Westseite für die dort vorgesehenen Wärmebänke vorzunehmen.

Die mangelhafte Leistung eines der beteiligten Unternehmer kann nicht nur die Arbeiten der anderen zerstören und beeinträchtigen [294], sondern sich auch auf die Rückgewähr der mangelhaften Leistung "in natura" auswirken. Sind zum Beispiel die übernommenen Maurerarbeiten fehlerhaft erbracht worden, was sich erst später herausgestellt hat, haben also die anderen beteiligten Unternehmer ihre Leistungen ebenfalls erbracht, so kann Gegenstand der Rückgewähr nicht die fehlerhafte Maurerwerkleistung sein, sondern nur das Mauerwerk in seiner Form und Ausgestaltung durch die anderen Unternehmer.

Ist das fehlerhafte Mauerwerk vor der Wandlung durch spätere Arbeiten anderer Unternehmer verändert, das Haus vollendet worden, so würden, sofern die nachfolgenden Arbeiten mängelfrei sind, bei der Rückgewähr "in natura" durch Abbruch - einmal abgesehen davon ob etwa das Mauerwerk trotz der Mängel, für sich betrachtet, einen objektiven über den Materialwert hinausgehenden wirtschaftlichen Wert darstellt - die Arbeiten der anderen beteiligten Unternehmer

---

293) nach LG Köln v. 18.11.69 BauR 1970,51, speziell zu diesem Urteil, das zu § 635 BGB und positive Forderungsverletzung ergangen ist, Laufs/Schwenger NJW 1970, 1820

294) Laufs/Schwenger NJW 1970,1820

mit zerstört werden. Damit würden wirtschaftliche Werte vernichtet mit der Folge, daß in diesen Fällen die Rückgewähr der erbrachten Leistung in Natur als unmöglich anzusehen ist.

Da die Wandlung nicht in Natur durchgeführt werden kann [295], ist zu prüfen, wie sie in den Fällen der Mitarbeit mehrerer Unternehmer an einem Bau, die nebeneinander auf Grund selbständiger Verträge tätig wurden, durchzuführen ist.

Nach der herrschenden Meinung [296] wir d die Wandlung durch den Ausgleich dessen ersetzt, was der Unternehmer und der Besteller geleistet haben. Man stützt sich dabei auf die Ausführungen des zu dieser Frage einschlägigen, soweit ersichtlich, einzigen veröffentlichten höchstrichterlichen Urteils, und zwar des des RG vom 14.5.1935 [297]. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die beklagte Baufirma übernahm die Erd-,Maurer- und Zementarbeiten für den Bau einer Fabrik für den Kläger. Die Baufirma klagte in einem vorangegangenen Prozeß gegen den Bauherrn den Restwerklohn in Höhe von 5.733 RM ein. Diese Klage wurde auf die Einrede der Wandlung hin rechtskräftig abgewiesen. In dem an das RG gelangten Rechtsstreit verlangt der Bauherr "als Schadenersatz wegen Nichterfüllung, hilfsweise auch aus dem Rechtsgrund der Wandlung, in erster Linie die Beseitigung der angeblich für ihn wertlosen Gebäude und Zahlung von 29.279 RM, nämlich 7.000 RM als Rückgewähr des bezahlten Werklohnes (scil. Anzahlung), den Rest (also 22.279 RM) als Ersatz von Verwendungen, die er auf das von der Beklagten gelieferte für ihn unbrauchbare Werk durch Zahlungen an die übrigen an dem Bau beteiligten Unternehmer gemacht habe".

Das Gericht läßt die umstrittene Frage, ob durch die vom Käufer (Besteller) gegen die Kaufpreise (Werklohn)-klage erfolgreich geltendgemachte Einrede der Wandlung die Wandlung im Sinne des § 465 BGB vollzogen ist oder ob unabhängig davon in einem solchen Falle der Käufer (Besteller) das ius variandi verloren hat oder ob ihm dieses Recht verbleibt, dahinstehen [298].

---

295) Hereth/Ludwig/Naschold B § 13 Ez 13.13; Erman/Wagner § 635 Rdnr.5 formulieren in diesem Zusammenhang:"Kann die Wandlung nicht in Natur vollzogen werden...", diese Terminologie sollte man vermeiden, weil sie auf § 465 BGB bezogen ist und nicht zugleich für die Durchführung der Wandlung verwendet werden sollte.

296) Korintenberg S.165;Staudinger/Riedel § 634 Rdnr.10 Zf.2 4. Abs., Zf. 2 e,h

297) RGZ 147,393=HRR 1935 Nr.1212=JW 1935,2199 Nr.4

298) dazu Schlosser JZ 1966,430 1.Sp. und RG v. 30.10.08 RGZ 69,385

weil nach Ansicht des RG in dem Sonderfall der Beteiligung mehrerer selbständiger Unternehmer an einem zu errichtenden Bauwerk auf jeden Fall das Verlangen des Bestellers nach Schadenersatz wegen Nichterfüllung nicht ausgeschlossen sei, weil die Wandlung nicht in Natur "vollzogen" [299], richtiger durchgeführt werden könne und sie durch den Ausgleich dessen, was der Unternehmer und der Besteller geleistet hatten, ersetzt werden müsse, so daß ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung inhaltlich im wesentlichen mit der Wandlung übereinstimme . Ob diese These richtig ist, kann dahinstehen, weil es um die Durchführung allein der Wandlung bei Beteiligung mehrerer selbständiger Unternehmer an einem Bauwerk geht. Jedenfalls ist das RG der Ansicht [300], daß bei Unmöglichkeit der Rückgewähr der erbrachten Werkleistung in Natur die Rückgewähr durch den Ausgleich dessen ersetzt werden müsse, was Unternehmer und Besteller geleistet hätten.

Dann folgt eine eingehende Stellungnahme, die im Hinblick auf das vom OLG Hamm als Vorinstanz Ausgeführte zu sehen ist:

Das OLG Hamm war der Ansicht, der Bauherr müsse sich in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung den Wert, den die von dem Unternehmer gelieferten Materialien und die von ihm geleistete Arbeit für ihn noch hatten, der nach dem Gutachten des Sachverständigen 8.172 RM betrug, auf die Rückforderung der Werklohnanzahlung in Höhe von 7.000 RM anrechnen lassen, so daß der Bauherr nichts zu fordern habe. Einen Aufwendungsersatz sprach das OLG Hamm auf Grund der Wandlung nicht zu; auf Schadenersatz könne der Bauherr nicht mehr übergehen, da er sein Wahlrecht verbraucht habe [301].

Das RG lehnt die Beschränkung des Ausgleichs auf die entsprechende Anwendung der Bereicherungsvorschriften mit der Begründung ab, daß trotz der Unmöglichkeit der Rückgewähr der Werkleistung in Natur die für die Wandlung geltenden Grundsätze auf den vorzunehmenden Ausgleich der beiderseitigen Leistungen anzuwenden seien. Daher könne der Bauherr Ersatz seiner Aufwendungen aus § 634 Abs. 4 i.V.m. § 467 S.1 i.V.m.

---

299) JW 1935, 2199 Leitsatz und S.2200, dazu Fn.295 S. 207
300) JW 1935, 2200 r.Sp.
301) JW 1935, 2200 l.Sp.

§ 347 S.2 i.V.m. § 994 BGB verlangen. Die Aufwendungen, die der Bauherr durch Zahlungen an die übrigen Unternehmer für deren Lieferungen und Arbeitsleistungen gemacht habe, seien insoweit notwendige Verwendungen des Bauherrn auf das von der beklagten Baufirma gelieferte Werk als durch sie die Leistungen der Baufirma erst das Werk ergeben konnten, dessen Wert für den Bauherrn der Sachverständige errechnet hatte [302]. Der Wert, den die Leistungen der Baufirma für den Bauherrn hätten, lasse sich nicht "schlechthin" von den Aufwendungen trennen, die der Bauherr habe machen müssen, damit diese Leistungen diesen Wert hätten haben können [303].

Das RG kommt also für die Wandlung zu dem Ergebnis, daß der Bauherr in diesen Fällen die fehlerhafte Bauleistung behalten und den Wert dieses Bauteils, wie er sich nach Abschluß der Arbeiten der anderen Unternehmer darstelle, entrichten müsse abzüglich seiner Verwendungen, soweit sie in Beziehung zum Werk stünden, das erst durch die Leistung aller Unternehmer, also als Gesamtleistung für den Besteller einen objektiven Wert erlange. Die Lösung des RG der Durchführung der Wandlung bei Bauverträgen mit mehreren Unternehmern ist jedenfalls im Ergebnis [304] zutreffend.

Die von mehreren Unternehmern zu erbringenden Einzelleistungen sind wie bei der Beauftragung eines einzigen Unternehmers als Einheit unter dem Gesichtspunkt des angestrebten Gesamtwerkes, des Gebäudes zu betrachten: Wenn das Gesamtwerk einen objektiven über den Materialwert hinausgehenden Wert hat, muß es der Besteller behalten. Der Unterschied zwischen der Wandlung eines Bauvertrages betreffend eine Teilleistung an einem Bau, an dem mehrere Unternehmer beteiligt sind, und der Wandlung eines Bauwerkvertrages über die Errichtung des gesamten Baues durch einen Unternehmer besteht nur darin, daß der Bauherr auch eine völlig wertlose Werkleistung, eine völlig wertlose Bauteil-

---

302) JW 1935, 2200 r.Sp.
303) JW 1935, 2201
304) auf die Frage der inhaltlichen Übereinstimmung der Wandlung mit dem Schadenersatz in diesen Fällen soll nicht eingegangen werden

leistung [305] behalten muß, wenn wenigstens das Gesamtwerk aller noch etwas wert ist. Das ist aber i.d.R. der Fall [306].

Ist vom objektiven Wert des Gesamtwerkes auszugehen, so muß berücksichtigt werden, daß der Bauherr den anderen beteiligten Unternehmern den Werklohn für ihre Leistungen schuldet und bezahlen muß. Diese Positionen sind bei dem Ausgleich in Geld für die fehlerhafte Bauteilleistung zu berücksichtigen. Das RG wertet die Zahlungen an die übrigen Unternehmer als erstattungsfähige notwendige Verwendungen, die anrechenbar sind, soweit diese zusammen mit der Werkleistung des Wandlungsgegners erst das Werk haben ergeben können [307]. Es kann dahinstehen, ob diese Ausgaben für Leistungen, die nach Erhalt der Leistung des Wandlungsgegners angefallen sind, als Spezifikationskosten [308] oder als notwendige Verwendungen [309] anzusehen sind. Jedenfalls sind diese Ausgaben erforderlich geworden, um das angestrebte Gesamtwerk zu erstellen. Das RG zitiert in den veröffentlichten Urteilsgründen § 994 BGB stets ohne Angabe des Absatzes. Daraus, daß die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, auf die § 994 Abs. 2 BGB verweist, nicht erwähnt werden, ist zu schließen, daß § 994 Abs. 1 BGB angewendet wurde. Das ist zutreffend, weil der Wandlungsberechtigte im Zeitpunkt dieser Aufwendungen den Mangel und die übrigen Voraussetzungen der Wandlung noch nicht gekannt haben wird. Lagen die notwendigen Verwendungen zeitlich vor Kenntnis des Eintritts der gesetzlichen Voraussetzungen der Wandlung, so ist der Besteller berechtigt, nach § 994 Abs. 1 BGB "vollen" Verwendungsersatz zu verlangen [310]. Erfolgten die Verwendungen erst nach diesem Zeitpunkt, gilt § 994 Abs. 2 BGB [311].

---

305) was Roquette in seiner Anmerkung JW 1935,2201 r. Sp. für den vom RG entschiedenen Fall offenbar annimmt, wofür aus dem Urteil, soweit es abgedruckt ist, nichts hervorgeht.

306) ist das Gesamtwerk nichts wert, kann Abbruch verlangt werden

307) JW 1935,2200 r.Sp.,dem folgen Ludwigs/Ludwigs S.96; Eplinius S.123; Hereth/Ludwig/Naschold B § 13 Ez 13

308) vgl. oben S. 80

309) vgl. oben S. 80 f

310) zutreffend Walter S.246, vgl. schon oben S. 81

311) zutreffend Walter S. 246 Fn.829

Bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß die Wandlung bei einem Bauteilvertrag über eine Teilleistung bei der Errichtung eines Gebäudes, das durch mehrere Unternehmer auf Grund selbständiger Werkverträge erstellt wird, wegen der Unmöglichkeit der Rückgewähr der einzelnen Werkleistung in Natur i.d.R. in der Weise durchgeführt wird, daß der objektive Wert der dem Besteller verbleibenden Werkleistung in Geld an den Unternehmer entrichtet wird, die sich errechnet nach dem objektiven Wert des Gesamtwerks abzüglich der den anderen Werkunternehmern gezahlten Werklöhnen.

e) Zusammenfassung und Ergebnisse

Wird wegen Mangelhaftigkeit eines Werks i.S.d. § 651 Abs. 2 BGB die Wandlung vollzogen, so ist die Wandlung wie folgt durchzuführen:

aa) Der Unternehmer erhält oder behält die vereinbarte Vergütung nicht.

bb) Ob der Unternehmer das Werk auf Grund der Umkehr der Leistungspflichten auf seine Kosten abtrennen und die Nebensachen wegnehmen muß, hängt davon ab, ob die Rückgewähr in Natur tatsächlich oder rechtlich möglich ist.

aaa) Die Rückgewähr in Natur ist tatsächlich und rechtlich möglich, wenn bei der Verbindung von Nebensachen mit dem Stoff des Bestellers die Nebensachen abtrennbar sind und daher von dem Unternehmer zurückgenommen werden können und den Wert des Werkes im wesentlichen darstellen. Letztere Voraussetzung liegt vor, wenn die Arbeit der Verbindung gegenüber der Anfertigung der Nebensachen in den Hintergrund tritt.

Ist die Rückgewähr durch Rücknahme der Nebensachen möglich, so hat der Unternehmer die Nebensachen vom Stoff des Bestellers abzutrennen und wegzunehmen.

Einen Ausgleich für seine Arbeitsleistung erhält er nicht. Dem Besteller verbleibt insofern nichts als der Unternehmer die das Werk im wesentlichen ausmachenden Nebensachen zurückerhält.

bbb) Die Rückgewähr in Natur ist tatsächlich oder rechtlich nicht möglich,

aaaa) wenn das Werk gar nicht, auch nicht in der Form der Nebensachen entfernbar ist, so daß die Nebensachen noch einen wirtschaftlichen Wert haben;

bbbb) wenn zwar die Nebensachen abtrennbar sind, dadurch aber das Werk bestehend aus hergestellten, be- und verarbeiteten Zutaten und Arbeitsleistung am bestellereigenen Stoff zerstört und damit zugleich wirtschaftliche Werte zerstört werden würden. Das ist dann der Fall, wenn nicht die hergestellten Nebensachen das Werk im wesentlichen darstellen, die Arbeit des Verbindens mit dem bestellereigenen Stoff demgegenüber in den Hintergrund tritt, vielmehr sich das Werk im wesentlichen in der Arbeit des Verarbeitens von Materialien am bestellergestellten Stoff zeigt, die Zutaten dieser Arbeitsleistung gegenüber zurücktreten und allein durch die Rücknahme der Nebensachen der Unternehmer nicht das zurückerhält, was er geleistet hat.

Ist die Rückgewähr in Natur tatsächlich oder rechtlich nicht möglich, so muß der Besteller das Werk i.d.R. behalten. Der Unternehmer erhält den objektiven Wert der dem Besteller verbleibenden fehlerhaften Werkleistung in Geld. Der objektive Wert errechnet sich nicht nach den dem Besteller verbleibenden Nebensachen, sondern nach der Differenz zwischen dem Wert des Substrats ohne die fehlerhafte Werkleistung und dem Wert des Substrats mit dem fehlerhaften Werk abzüglich der etwa auf das fehlerhafte Werk gemachten Aufwendungen.
Eine Ausnahme besteht dann, wenn das fehlerhafte Werk keinen über den Materialwert hinausgehenden objektiven Wert aufweist. Der Besteller braucht in diesem Fall das Werk nicht zu behalten und nichts zu zahlen. Der Unternehmer ist verpflichtet, Nebensachen, soweit abtrennbar, auf seine Kosten abzutrennen und wegzunehmen.

IV. Die Durchführung der Wandlung bei mit Bauverträgen in Zusammenhang stehenden Verträgen: Architekten- und Statikervertrag

Wegen des Zusammenhanges mit dem Bauvertrag, dem Hauptfall des § 651 Abs. 2 BGB soll nunmehr der Architekten- und Statikervertrag im Hinblick auf die Durchführung der Wandlung untersucht und ein Blick auf die etwaige gemeinsame Haftung der am Bau Beteiligten geworfen werden.

1. Der Architektenvertrag

a) Vorbemerkung

Die Wandlung des Architektenvertrages ist, soweit er als Werkvertrag anzusehen ist, grundsätzlich möglich und zulässig [312]. Ihr wird jedoch kaum praktische Bedeutung beigemessen [313] mit dem Argument, daß sie auf die Eigenart des Architektenvertrages nicht zugeschnitten sei und die Leistungen des Architekten - abgesehen von dem Austausch der Pläne und des bereits gezahlten Architektenhonorars - nur unter Schwierigkeiten zurückgewährt werden könne [314]. In dieser Allgemeinheit läßt sich das jedoch nicht sagen [315]. Die Wandlung beim Architektenvertrag wird allseits wenigstens andeutungsweise erörtert [316] und hat auch in die Rechtsprechung Eingang gefunden [317]. Daß die Wandlung beim Architektenvertrag nicht sehr häufig ist [318], mag u.a. im Zusammenhang mit ihrer Praktikabilität stehen, besagt aber nicht, daß sie praktisch nicht vorkommt.

Ausgehend von dem jeweiligen Inhalt des Architektenvertrages ist die Durchführung der Wandlung aufzuzeigen.

---

312) Ludwigs/Ludwigs S.182 ff(183); Bindhardt 6.Aufl. S.16 ff; Häring S.85;Roth/Gaber S.194;Hack S.55; Krukenberg S.46; Weyer NJW 1967,1918; a.A.wohl Hafferburg VersR 1964,463 o.Begr.

313) überdies ist sie nach BGH v.19.12.71 NJW 1972,526 bei dem formularmäßigen Architektenvertrag (§ 10 Nr.1) ausgeschlossen.

314) Herding/Schmalzl S.314;H.Wussow,Rechtslexikon "Rücktrittsrecht" S.163;Hess S.79 Text zu Fn.336; Krukenberg S.46; Schulz S.57;Tempel S.196;Schmalzl NJW 1967,10(11 r.Sp.);ähnlich Glaser ZfV 1971, 178 (179) u.B 1968,967(968 l.Sp.);vgl. für den Baubetreuungsvertrag Wittchen S.102

315) so mit Recht Bindhardt 5.Aufl.S.12 (anders 6.Aufl. S.16 ff), ob die Wandlung in jedem Fall praktikabel ist, ist ein ganz anderes Problem;darauf weist Neuenfeld II H a 11 Fn.40 S.8 zutreffend hin.

316) vgl. außer den Genannten noch Glaser NWB 19,627 u. Architektenrecht S.36,Hoppmann 2.Fortsbl.; Werner/Pastor S.129

317) vgl. unten S. 218 ff

318) vgl. Neuenfeld II J a 17 S.8 a

Inhalt des Architektenvertrages kann nur die eigentliche Bauplanung, die Erstellung eines Gutachtens oder eines Kostenanschlages sein oder die technische Oberleitung[319] und/oder die örtliche Bauaufsicht (Bauführung)[320] betreffen. Demgegenüber umfaßt der übliche Architektenvertrag die Planung, Oberleitung und die Bauführung.

Der BGH sieht einen Vertrag, der nur die örtliche Bauleitung umfaßt, als Dienstvertrag an[321]. Das entspricht der h.M. auch hinsichtlich der technischen Oberleitung[322]. Werden die technische und geschäftliche Oberleitung und die örtliche Bauaufsicht übertragen, so liegt i.d.R. Werkvertrag vor[323]. Ebenso ist nach dem BGH[324] ein Architektenvertrag, der nicht Vorentwurf, Entwurf und Bauvorlagen, jedoch die sonstigen Architektenleistungen (Bauleitung, Masse- und Kostenberechnung sowie Ausführungszeichnungen) umfaßt, Werkvertrag. Architektenverträge, die nur die Planung zum Gegenstand hatten, sind stets als Werkverträge angesehen worden[325]. Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 26.11.1959[326] wird der übliche Architektenvertrag als Werkvertrag angesehen[327].

Ungeklärt ist indes nach wie vor, welchen"Erfolg" der

---

319) § 19 Abs.1 g GOA; die technische Oberleitung umfaßt vornehmlich die allgemeine Aufsicht über die technische Durchführung des Baues;dazu im einzelnen Herding/Schmalzl S.293

320) § 19 Abs.4 GOA; unter der örtlichen Bauaufsicht ist die besondere Aufsicht sowohl über die technische als auch im besonderen Maße über die tatsächliche Ausführung des Baues zu verstehen; dazu im einzelnen Herding/Schmalzl S.292 f

321) v.12.11.64 Sch-F Z 3.01 Bl. 311 (313)

322) Schmalzl, Haftung Rdnr. 19 S.12 mit Fn.39;Herding/Schmalzl S.293;H.Wussow,Rechtslexikon,"Architekt" S.27;Roth/Gaber 10 S.56; Ludwigs/Ludwigs S.113; Bindhardt S.2 ff,8,130 ff;Palandt/Putzo Einf.vor § 611 Anm.2 aa;Barnickel B 1964,541;Brandt BauR 1970, 25; OLG München v. 26.6.69 Sch-F Z 3.01 Bl.397;vgl. Fabricius/v.Nordenflycht/Bindhardt S. 152 f;a.A.OLG Hamburg v.25.8.60 MDR 1961,144: Werkvertrag

323) OLG Köln v. 5.6.74 MDR 1975,53 Nr. 47

324) v.7.3.74 Sch-F Z 3.010 Bl.9 ff=BauR 1974,211

325) BGH v.9.7.62 NJW 1962,1764;OLG Bamberg v.15.4.64 NJW 1965,301;OLG Düsseldorf v.16.5.58 Sch-F Z 3.01 Bl.91; OLG Hamburg v. 9.11.56 Sch-F 3.01 Bl.57; RG v. 7.11.19 RGZ 97,122;Schmalzl,Haftung Rdnr.19 S.12; Herding/Schmalzl S. 292

326) BGHZ 31,224=Sch -F Z 3.01 Bl.117 = NJW 1960, 431; BGH v. 20.6.66 Sch-F Z 3.01 Bl.346 ff

327) dem ist die Literatur im wesentlichen gefolgt, vgl. nur Larenz II § 53 I S.222; Schmalzl, Haftung Rdnr.19 S.12

Architekt schuldet. Der "Erfolg" kann in der intellektuellen Herstellung des Bauwerks, in der Erstellung des materiellen Bauwerks oder gar in dem materiellen Bauwerk selbst liegen.

aa) Die eingeschränkte Werkvertragstheorie

Nach der eingeschränkten Werkvertragstheorie schuldet der Architekt nicht die Bauwerkserrichtung selbst, sondern die Planung, die Entwürfe sind der Erfolg. Daraus folgt, daß die Gewährleistung, die Mängelansprüche sich nur auf die Tätigkeit des Architekten beziehen können, nicht auf das Bauwerk selbst. Wenn das Bauwerk vollendet ist, ist es sinnlos, Mängel der Planung durch Nachbesserung zu beseitigen; die Nachbesserung ist als unmöglich anzusehen. Der Bauherr hat das Recht, Wandlung zu verlangen oder Minderung, wobei es der Fristsetzung (§ 634 Abs. 1 BGB) nicht bedarf [328].

bb) Die erweiterte Werkvertragstheorie

Nach der erweiterten Werkvertragstheorie ist Erfolg i.S.d. § 631 BGB die Errichtung des Bauwerks selbst [329]. Nur wenn lediglich die Bauplanung Vertragsgegenstand ist, dann ist die Herstellung eines vertragsmäßigen Planes der geschuldete Erfolg [330]. Der Architekt hat, schuldet er die Erstellung des Bauwerks, bei dessen Fehlerhaftigkeit ebenso wie der Bauunternehmer Bauwerksmängel zu beseitigen [331], und zwar unter Beachtung der von ihm geschuldeten Leistung, also Nachbesserung in Form von erneuter Planung und (oder) Bauleitung, und haftet im übrigen nach § 634 BGB. Dabei ist der von dem Architekten zu fordernde Kenntnisbereich zu beachten: Der Architekt haftet nicht für Baufehler, die für ihn nicht überschaubar sind, also nicht für Arbeiten, die besondere Spezialkenntnisse erfordern und für die Spezialunternehmer hinzugezogen werden [332]. Bessert der Architekt nicht nach (unter Mitwirkung des Bauunternehmers, gegen den der Bauherr ebenfalls Mängelansprüche hat,) so kann der Bauherr Minderung oder Wandlung verlangen.

---

328) Tempel 175 ff (197)
329) Schubert JR 1974,422 (423 f);Hess S.44 f,47,52; Ganten NJW 1970,687(689 r.Sp.);ders.Pflichtverletzung S.46,75;Herding/Schmalzl S.312
330) Hess S. 52
331) Hess S.69 ff,77 f,156;Herding/Schmalzl S.312; Ganten NJW 1970,690 r.Sp.f
332) dazu Ganten NJW 1970,690 r.Sp.m.w.N.

cc) Der Standpunkt des BGH

Die vom BGH bezogene Position zur Frage, welchen Erfolg der Architekt schuldet, ist nicht einheitlich. Er neigt der erweiterten Vertragstheorie zu, macht aber verschiedene Vorbehalte. Nach dem BGH [333] sind zwar Baumängel dann zugleich Mängel des Architektenwerks, wenn sie durch eine objektiv mangelhafte Erfüllung der Architektenaufgabe verursacht sind, aber die Gewährleistung treffe nur das "Architektenwerk". Die Mängelbeseitigungspflicht des Architekten am Bauwerk selbst wird abgelehnt [334]. Was die Bauhandwerkersicherungshypothek [335] und die Verjährung [336] anbelangt, wird der Architekt dagegen als Unternehmer des Bauwerks behandelt.

b) Die Durchführung der Wandlung beim Architektenvertrag

Zur Frage der Durchführung der Wandlung beim Architektenvertrag, soweit er als Werkvertrag qualifiziert wird, sind folgende Fallgestaltungen zu unterscheiden:

1. Der Architektenvertrag hat lediglich die Erstellung eines Entwurfs zum Inhalt
2. Das übliche Architektenwerk ist geschuldet. Die Fehlerhaftigkeit der Planung stellt sich bereits vor ihrer Verwirklichung heraus
3. Das übliche Architektenwerk ist geschuldet. Auf Grund objektiv fehlerhafter Erfüllung der Architektenaufgaben kommt es zu Mängeln am auf Grund der Planung und unter der Leitung des Architekten errichteten Bauwerks. Für die Wandlung spielt der Streit um den Leistungsgegenstand eine Rolle. Es ist daher insoweit zu differenzieren.

aa) Die Durchführung der Wandlung bei Architektenverträgen über die Herstellung eines baureifen Entwurfs

War der Architekt ausschließlich mit Planungs- und Entwurfstätigkeit betraut, so ist die Wandlung wie folgt durchzuführen:

Durch die Wandlung wird das "werbende" Schuldverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt [337].

---

333) BGH v. 24.2.69 VersR 1969,473;
BGH v. 25.5.64 NJW 1964,1791=VersR 1964,1010

334) BGH v. 7.5.62 Sch-F Z 3.01 Bl.172(173)=NJW 1962, 1499;BGH v. 2.5.63 JZ 1963,569=VersR 1963,881; anders BGH v. 25.4.60 Sch-F Z 3.01 Bl.141=VersR 1960,738

335) BGH v. 5.12.68 BGHZ 51,190 betr. Bauunternehmer

336) vgl. BGH v. 2.5.63 BGHZ 39,255
BGH v. 6.7.72 BGHZ 59,163 (165) betr. Architekt

337) auf dem Standpunkt der früher herrschenden Lehre stehen für den Bereich des Architektenvertrages noch: Krukenberg S.47; Ludwigs/Ludwigs S.183; vgl. aus der ält.Lit.Meister S.36 f

Im Rahmen dieses Abwicklungsverhältnisses sind die beiderseitig erbrachten Leistungen zurückzugewähren (§§ 634 Abs. 4, 467 S.1, 346 S.1 BGB). Der Architekt ist verpflichtet, das Honorar, soweit er es erhalten hat, zurückzuzahlen und die Unterlagen herauszugeben. Der Bauherr hat die ihm vom Architekten ausgehändigten Vorentwürfe, Bauvorlagen, Pläne, Massenberechnungen, Kostenanschläge und dergleichen dem Architekten zur Verfügung zu stellen [338]. Die Durchführung der Wandlung dieser Architektenverträge ist also nicht weiter schwierig [339].

Daß die Wandlung bei Architektenverträgen gar nicht so selten vorkommt, wie behauptet wird [340], jedenfalls nicht bei Architektenverträgen dieser Art, zeigen folgende Beispiele aus der Rechtsprechung:
Das OLG Düsseldorf geht in einer Entscheidung vom 31.12.1959 [341] von einem Planungsauftrag aus, der mit der Maßgabe erteilt war, daß dem Bauwilligen nennenswerte Eigenmittel nicht zur Verfügung stehen. Das wertet das Gericht als wesentliche Voraussetzung für die Durchführbarkeit des Bauvorhabens. Der Plan des Architekten sah trotz der Maßgabe Kapital des Bauherrn vor. Der Planung fehlte also die Durchführbarkeit ohne nennenswerte Eigenmittel des Bauherrn. Damit war die Planung mangelhaft i.S.d. § 633 BGB, auch wenn im übrigen ein architektonisch wertvoller Entwurf vorlag. Der Bauherr ist daher, so führt das Gericht im Leitsatz 3 aus, "zur Wandlung (§ 634) berechtigt, da der Architekt das Wagnis der Nichtdurchführbarkeit und der wirtschaftlichen Wertlosigkeit der Pläne zu tragen hat" [342].
Ein Urteil des OLG Hamburg vom 30.8.1965 [343] behandelt die Wandlung eines Architektenvertrages über die Erstellung eines Entwurfes wegen Überschreitung des Preislimits und Nichtberücksichtigung der gewünschten Bauform:

---

338) Roth/Gaber S.199, die die Wandlung nur für diese Fallgestaltung behandeln;Meister S.36; Wittchen S.102 für den Baubetreuungsvertrag
339) Bindhardt S.16
340) Glaser ZfV 1971,178(179); Häring S.86
341) Sch-F Z 3.01 Bl.133
342) Zur Durchführung der Wandlung ist nichts gesagt; vgl. auch OLG Düsseldorf v. 24.7.64 Sch-F Z 3.01 Bl.277 betr.Wandlung eines Vertrages über die Planung eines Bungalows
343) MDR 1967,212 Nr.43=B 1966,1310=BlGBW 1968,119= Der Architekt 1967,277

Der Bauwillige wollte den Bau in der "L-Form" ausführen lassen und dafür nicht mehr als 100.000 DM ausgeben. Der von dem Architekten angefertigte Entwurf hielt sich nicht an die gewünschte "L-Form" und überschritt die vorgesehenen Baukosten um 40 %.

Das Gericht hält in Anwendung des subjektiven Fehlerbegriffs diese Abweichungen von den Vorstellungen des Bauherrn für Fehler des Entwurfs i.S.d. § 633 BGB. Die einredeweise geltendgemachte Wandlung greift durch. Offenbar hatte der Architekt hilfsweise einen Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht und sich dabei auf §§ 634 Abs. 4, 467 S.1 und 347 S.2 BGB gestützt. Einen derartigen Verwendungsersatzanspruch gibt § 347 BGB ohnehin nicht, denn § 347 BGB sieht den Ersatz von Verwendungen nur für die Verwendungen vor, die nach der Leistung auf die nun auf Grund der Wandlung zurückzugewährende Sache gemacht worden sind, betreffen aber nicht die Aufwendungen, die zur Erbringung der geschuldeten Leistung geführt haben. Der Hinweis des Gerichts auf die Wertlosigkeit des Entwurfs für den Bauherrn geht daher fehl. Er ist allerdings geeignet, einen etwa aus § 346 S.2 BGB geltendgemachten Anspruch zu verneinen, wenn dem Besteller das Werk ganz oder teilweise verblieben wäre. Da die Pläne zurückgewährt werden können, die das Werk ausmachen, verbleibt dem Besteller nichts mit der Folge, daß für einen Wertersatz nach § 346 S.2 BGB kein Raum ist[344].

bb) Die Durchführung der Wandlung beim üblichen Architektenvertrag, solange das Bauwerk noch nicht begonnen ist

Die Rückabwicklung des Architektenvertrages bietet keine Schwierigkeiten, solange der Bau noch nicht in Angriff genommen wurde, also die Fehlerhaftigkeit der vom Architekten geleisteten Planungs- und Entwurfsarbeit vor Baubeginn festgestellt und die Wandlung erklärt wurde: Die Rückgewähr ist mit dem Austausch der gegenseitig gelieferten Unterlagen und der Rückzahlung etwa bereits gezahlten Honorars durchgeführt[345]. Aus der Rechtsprechung seien folgende Urteile erwähnt, die die

---

344) vgl. noch OLG Karlsruhe v.20.8.68 Sch-F Z 3.01 Bl.387 ff betr. Architektenvertrag über die Planung eines Anbaues an das Haus der Bauherrin; wegen fehlender Fristsetzung gem. § 634 Abs.1 BGB wurde die etwaige Wandlungserklärung als Kündigung nach § 649 S.1 BGB gewertet.

345) einhellige Meinung: z.B. Neuenfeld II H a 11 S.8; Krukenberg S.47; Bindhardt S.16;Hess S.79 Text zu Fn.333;Herding/Schmalzl S.314

Wandlung eines üblichen Architektenvertrages betreffen:

Ein aus dem Jahre 1955 stammendes Urteil [346] befaßt sich mit der Wandlung folgenden Architektenvertrages:

Gegenstand des Architektenvertrages war die Anfertigung eines Vorentwurfs, eines Entwurfes, der Bauvorlagen, der Massen- und Kostenberechnung, der Ausführungszeichnungen, des Teilbebauungsplanes und die künstlerische Oberleitung für das "Bauvorhaben Wohnblock 1". Nach dem Gutachten des Sachverständigen waren die Entwürfe des Architekten "mangelhafte Schülerleistungen ohne Originalität und überzeugende Ideen".

Das Gericht hält die von der Bauherrin ausgesprochene Wandlung ohne Setzen einer Nachbesserungsfrist im Hinblick auf § 634 Abs. 2 BGB für berechtigt. Zutreffend weist das Gericht [347] darauf hin, daß dem Unternehmer kein Entgelt zustehe, wenn dem Besteller von der Werkleistung nichts verbleibe. Und genau das war in dem entschiedenen Fall gegeben: Die fehlerhaften Entwürfe wurden dem Architekten zur Verfügung gestellt.

Ein Urteil des 3. Senats des OLG Hamburg vom 3.1.1963 befaßt sich mit folgendem Architektenvertrag: [348]

Der Architekt hatte die Pläne, Massen- und Kostenrechnung auszuarbeiten, die Ausführungszeichnungen anzufertigen und die technische und geschäftliche Oberleitung sowie die örtliche Bauaufsicht zu übernehmen, und zwar für ein "Bauvorhaben", dessen Herstellungskosten sich höchstens auf 180.000 DM belaufen sollten. Das "Bauvorhaben" erforderte aber unstreitig mindestens 214.000 DM und die Bauherren sahen sich nicht in der Lage, das geplante "Bauvorhaben" zu realisieren.

Das Gericht führt aus:
"Der Bauherr kann den Architektenvertrag wandeln, wenn die ... veranschlagte Bausumme wesentlich überschritten wird. Vorher hat der Bauherr nach § 633 Abs. 2 BGB den Beseitigungsanspruch dahin geltend zu machen, daß die Bausumme eingehalten wird".

---

346) 1 U 105/55 Sch-F Z 3.01 Bl.25 (als Datum des Urteils ist 21.11.55 angegeben) = B 1956,20 (dort mit dem Datum 7.11.55 veröffentlicht) = DRspr I (138) Bl.64 = Der Architekt 1956,420; vgl. dazu BlGBW 1972, 128 (129)

347) unter Berufung auf Oertmann Recht 1920, 153 ff

348) - 3 U 14/62 - BBauBl 1968,224 ff

cc) Die Durchführung der Wandlung beim üblichen Architektenvertrag nach Baubeginn

Am Bauwerk stellt sich ein Fehler heraus, der auf einem Planungsfehler oder auf einer Aufsichtspflichtverletzung des Architekten beruht.

aaa) unter Zugrundelegung der eingeschränkten Werkvertragstheorie und der Rechtsprechung des BGH

Von der Wandlung des Architektenvertrages hält der BGH trotz Anerkennung ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit nicht viel [352]. Richtig ist, daß die Wandlung, wenn der Bau begonnen oder gar bereits fertiggestellt ist, nicht gerade leicht zu handhaben ist. Zwar ist eine Rückgewähr der angefertigten Pläne möglich, nicht aber eine Rückgewähr der bis zum Zeitpunkt der Wandlung durchgeführten Oberleitungs- oder Bauaufsichtstätigkeiten. Das Bauwerk selbst kann nicht Gegenstand der Rückgewähr sein, wenigstens nicht nach dem bisherigen Standpunkt der Rechtsprechung, weil danach das Bauwerk in seiner materiellen Erscheinungsform nicht Gegenstand der Leistung des Architekten ist [353]. Gegenstand der Rückgewähr sind das "Architektenwerk", die Pläne und die geleisteten Tätigkeiten, Oberleitung und Bauaufsicht, was sich zwar in seinem Wert in dem erstellten Bauwerk repräsentiert, aber nach dem Standpunkt der Rechtsprechung mit dem Bauwerk nicht identisch ist. Gleichwohl ist das Bauwerk und sein Wert für die Wandlung des Architektenvertrages, die nach Baubeginn durchgeführt wird, von erheblicher Bedeutung. Denn da die geleistete Oberleitung und Bauaufsicht nicht in Natur zurückgewährt werden kann, muß in entsprechender Anwendung des § 346 S.2 BGB [354] der Wert der dem Bauherrn verbleibenden Leistung des

---

352) BGH v.9.7.64 VersR 1964,1048 (1049 f: "Wandlung und Minderung gegenüber dem Architekten bringen den Bauherrn nicht weiter"); vgl. auch BGH v. 23.11.61 VersR 1962,160; BGH v.7.5.62 VersR 1962,743; BGH v.18.9.67 NJW 1967,2259; ähnlich Schmalzl NJW 1967, 11 r.Sp.

353) im Ergebnis ebenso Heß S.79 Text und Fn.334; ihm folgend Neuenfeld II H a 11 S.8, die allerdings unter Berufung auf RGZ 147,390(392 f) darauf abstellen, daß das Bauwerk nicht allein die Leistung des Architekten, sondern auch der Bauausführenden sei.

354) Einzelheiten vgl. oben S. 116 ff

Architekten vergütet werden [355]. So wird in der Literatur im Ergebnis zutreffend von einem Ausgleich in Geld gesprochen [356]. Nach Herding/Schmalzl [357] "muß ein Ausgleich in der Weise erfolgen, daß der Bauherr die bis dahin geleistete mangelhafte Architektentätigkeit anteilig honoriert, d.h. der Architekt hat das Honorar oder den Honorarvorschuß nur insoweit zurückzuerstatten als dieser Betrag die ihm anteilig gebührende Vergütung übersteigt". Diese Formulierung ist allerdings mißverständlich. Ein anteiliges Honorar wird gerade nicht gezahlt. Denn das vereinbarte Architektenhonorar entfällt gerade bei der Wandlung [358]. Nur weil der auf das Bauwerk vom Architekten im Rahmen der Bauleitung erbrachte Arbeitsaufwand in Natur nicht zurückgegeben werden kann, erfolgt ein Ausgleich durch Ersatz des objektiven Wertes der dem Besteller notgedrungen verbleibenden Werkleistung. Unter Berücksichtigung der Leistungsmängel ist also eine "wertmäßige Vergütung" zu zahlen [359]. Das heißt, die Höhe der "Vergütung" wird von den Leistungsmängeln bestimmt [360].

Bei der Berechnung des Wertes der dem Bauherrn verbleibenden Architektenleistung ist der Wert des fehlerhaften Bauwerks zu beachten, weil sich in ihm die geistige Leistung des Architekten ausdrückt. Wenn das Bauwerk vollendet oder unvollendet in seiner Fehlerhaftigkeit objektiv völlig wertlos ist, dann ist auch das Architektenwerk völlig wertlos; der Bauherr braucht dem Architekten nichts zu zahlen bzw. kann die etwa bereits geleisteten Honorarzahlungen in voller

---

355) zutreffend Neuenfeld II H a 11S.8; Wittchen S.102 für den Baubetreuungsvertrag;wenn auch ohne Berufung auf § 346 S.2 BGB Ludwigs/Ludwigs S.183,ihm folgend Krukenberg S.64; a.A.Locher S.36 f, 44 betr. Baubetreuungsvertrag, er will §§ 327 S.2, 812 ff BGB anwenden.

356) Ludwigs/Ludwigs S.183; Krukenberg S.63; Bindhardt S. 16

357) S.314; ähnlich Schmalzl, Haftung Rdnr.31 S.20

358) richtig Bindhardt S.16; § 346 S.2 2.Alt.BGB ist nur auf Dienstverträge anwendbar, nicht aber auf Werkverträge, die für die Vergütung einen Erfolg voraussetzen, der im Falle der Wandlung gerade nicht erbracht wurde; die entsprechende Anwendung dieser Bestimmung bezieht sich nur auf den objektiven Wert der dem Besteller verbleibenden Leistung; vgl.dazu oben S. 116

359) Hess S.79 mit Fn.335

360) zutreffend Neuenfeld II H a 11 S.8

Höhe zurückverlangen [361]. Weist das Bauwerk einen objektiven Wert auf, so entstehen Schwierigkeiten bei der Berechnung des Ausgleichs [362]. Wegen dieser Schwierigkeiten bei der Durchführung der Wandlung in den Fällen, in denen der Bau bereits begonnen oder sogar vollendet ist, ist es zutreffend zu sagen, daß die Wandlung insoweit selten in der Praxis vorkommt [363].

Soweit ersichtlich gibt es nur ein Urteil, das sich mit der Durchführung der Wandlung eines Architektenvertrages nach Errichtung des Bauwerks beschäftigt. Allerdings war die Wandlung bereits vor Baubeginn erklärt worden. Die Besonderheit des Falles lag offenbar darin, daß die Pläne des Architekten durch den Bauherrn und dem danach beauftragten Architekten der weiteren Planung und dem weiteren Architektenwerk zugrunde gelegt wurden und auf diese Weise sich im erstellten Bauwerk niedergeschlagen haben.

Dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 1.4.1966 lag folgender Sachverhalt zugrunde [364]:

Der Architektenvertrag hatte die Bauplanung, Oberleitung und örtliche Bauaufsicht zum Gegenstand. Der Architekt führte den Vertrag bis zur Vergabe der Erd-, Maurer- und Betonarbeiten zu einem Pauschalpreis durch. Nach Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien erklärte der Bauherr die Tätigkeit des Architekten für beendet. Die weiteren Architektenarbeiten wurden einem anderen Architekten übertragen.

Der Architekt klagte restliches Honorar in Höhe von ca. 15.000 DM ein. Die Bauherren hatten u.a. einen Betrag von etwa 2.000 DM aufwenden müssen, um Mängel an dem Bauwerk zu beseitigen, die auf einer vom Architekten zu vertretenden fehlerhaften Planung oder ungenauen örtlichen Bauaufsicht beruhten. Die Bauherren

---

361) Ludwigs/Ludwigs S.183, allerdings mit der mißverständlichen Formulierung, "wenn das -mangelhafte- (Teil) Werk für ihn nicht völlig wertlos und unbrauchbar ist";Neuenfeld II H a 11 S.8 ebenfalls mit der mißverständlichen Formulierung "für den Bauherrn", was auf den subjektiven Wert gemünzt sein kann, vgl. dazu oben S. 183

362) vgl. Heß S.79

363) Ludwigs/Ludwigs S.183 sprechen von der Unzweckmäßigkeit der Wandlung, sobald das Bauwerk begonnen wurde:Häring S.86; Heß S.79; Glaser ZfV 1971, 178 (179), NWB 19,627

364) - 5 U 81/65 - VersR 1966,856 = Der Architekt 1967,276 = Architekt und Ingenieur 1967 B 3, offenbar zustimmend Bindhardt S. 16 f; vgl. auch OLG Köln v. 30.10.74 VersR 1975,352, allerdings zu § 635 BGB

erklärten die Wandlung des Architektenvertrages. Das LG kürzte die Honorarforderung des Architekten um den für die Beseitigung der Mängel aufgewendeten Betrag.
Gegen diese Kürzung wandte sich der Architekt in seiner Berufung gegen das Urteil des LG.
Das OLG führt zutreffend aus, daß der Architekt auf Grund der Wandlung seinen Werklohnanspruch verloren und die Anzahlung zurückzuerstatten hat, wohingegen die Bauherren dem Architekten nur die von ihm erstellten Baupläne zurückzugewähren haben, "da die Rückgewähr der vom Kläger (scil. Architekten) erbrachten rein geistigen Leistung objektiv unmöglich ist".
Daß der Architekt wegen der Unmöglichkeit der Rückgewähr nun gar nichts erhält, "ist nur dann gerechtfertigt, wenn die geistige Leistung des Klägers den Beklagten nicht zugutegekommen, d.h. für sie ohne wirtschaftlichen Nutzen gewesen wäre".

Damit ist der Fall angesprochen, daß die dem Besteller notgedrungen wegen der Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur der empfangenen Architektenleistung, die sich bereits in dem erstellten Bauwerk niedergeschlagen hat, verbleibende Werkleistung des Architekten gar keinen objektiven Wert aufweist. Dieser Fall lag aber nicht vor, weil das Bauwerk mit einem Aufwand von nur 2.000 DM in Ordnung gebracht werden konnte. Die Bauherren haben also "aus dem Vertrag mit dem Kläger wirtschaftlichen Nutzen gezogen", nur "kann" "die Leistung des Klägers als solche ... nicht zurückgewährt werden". Das Gericht befürwortet dann mit Recht die Vornahme der im Gesetz vorgesehenen Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen durch einen Wertausgleich "dem gesetzgeberischen Zweck entsprechend". Erstaunlicherweise stützt sich das Gericht dabei nicht auf § 346 S. 2 BGB, sondern auf § 347 BGB. Nach der Auffassung des Gerichts

"muß die im Gesetz vorgesehene Rückgabe der beiderseitigen Leistungen ... durch einen Wertausgleich erfolgen, was durch die entsprechend anwendbare Vorschrift des § 347 BGB ausdrücklich geregelt ist".

§ 347 BGB schreibt aber keinen Wertausgleich vor, sondern gibt unter anderem einen Aufwendungsersatzanspruch. Im übrigen sind Aufwendungen für die Mängelbeseitigung am Bauwerk nicht Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln am Architektenwerk. Das OLG Düsseldorf faßt indes diese Kosten als Verwendungen i.S.d. § 994 BGB auf,

"weil sie in unmittelbarer Beziehung zur Fertigstellung des vom Kläger zu erbringenden Werkes stehend der Beseitigung von Mängeln dienten und erst durch sie die vom Kläger geschuldete Leistung zu dem geschuldeten fehlerfreien Werk wurde" [365].

Das läßt sich nach der eingeschränkten Werkvertragstheorie und der Rechtsprechung des BGH nicht halten. Denn Leistungsgegenstand ist nicht das materielle Bauwerk, sondern ein geistiges Werk, wenn sich dessen Wert auch in dem materiellen Bauwerk zeigt.
Ganz wohl ist dem Gericht mit der Absetzung der Aufwendungen für die Mängelbeseitigung am Bauwerk über §§ 347, 994 BGB von der Honorarforderung nicht, denn es gibt eine Hilfsbegründung: Dem Architekten könne nicht mehr zugebilligt werden als den Bauherren durch die nicht rückgewährfähige Leistung des Architekten an Vermögenswert zugeflossen sei.

"In voller Höhe der Honorarforderung des Klägers wäre den Beklagten ein Vermögensvorteil aber nur dann zugeflossen, wenn der Kläger eine dem Vertrage entsprechende fehlerfreie Leistung erbracht hätte".

Weil das nicht der Fall war, so führt das Gericht weiter aus, würde die Nichtberücksichtigung des Betrages für die Mängelbeseitigung die Bauherren zu mehr verpflichten als ihnen zugute gekommen sei, was dem Wertausgleich widerspräche, und folgert daraus, daß die Honorarforderung des Architekten "auch im Rahmen der Wandlung" zu kürzen sei.
Ausgangspunkt ist indes nicht das vereinbarte Architektenhonorar, sondern der objektive Wert der Architektenleistung bezogen auf den fehlerhaften Bau. Der Wert des Baues ohne Fehler und der Wert des Baues mit Fehler sind zur Architektenleistung in Beziehung zu setzen. Der Wert der Architektenleistung vermindert sich entsprechend.

---

365) unter Berufung auf RG v. 14.5.35 RGZ 147,393, welche Entscheidung aber nicht einschlägig ist, weil es dort nicht um Nachbesserungskosten, sondern um Rechnungsbeträge ging, die anderen am Werk beteiligten Unternehmern gezahlt worden waren, dazu oben S. 208 ff

Hätte das Bauwerk im mangelfreien Zustand einen objektiven Wert von 100.000 DM, hat es wegen der Mängel lediglich einen Wert von 90.000 DM, so erhält der Architekt 90 % des Wertes objektiven Wertes der fehlerfreien Architektenleistung als Ausgleich i.S.d. § 346 S. 2 BGB.

Dem OLG Düsseldorf ist allerdings zugute zu halten, daß es wegen des insoweit nicht angegriffenen landgerichtlichen Urteils von der Honorarforderung des Architekten ausgehen mußte und "in den Grenzen der von den Parteien gestellten Anträge nur über die Frage zu entscheiden" hatte, "ob das LG die Honorarforderung des Klägers zutreffend" um ca. 2.000 DM Mängelbeseitigungskosten "gekürzt hat".

bbb) unter Zugrundelegung der erweiterten Werkvertragstheorie

Für den Fall, daß das Bauwerk mangelhaft ist und dieser Mangel (auch) in den Aufgabenbereich des Architekten fällt, sein "Architektenwerk" also mangelhaft ist, dann hat der Bauherr einen Nachbesserungsanspruch gegen den Architekten des Inhalts, daß der Architekt auch Bauwerksmängel zu beseitigen hat. Im übrigen kann der Bauherr unter den Voraussetzungen des § 634 BGB wandeln.

Die Durchführung der Wandlung des Architektenvertrages mit seinem Leistungsgegenstand nach der erweiterten Werkvertragstheorie entspricht im wesentlichen der beim Bauwerkvertrag. Gegenstand der Rückgewähr ist das Bauwerk in seiner materiellen Erscheinungsform; die Pläne, Entwürfe usw. stehen als Arbeitsmittel zur Erreichung des geschuldeten Erfolges dem Architekten ohnehin zu. Seine aufgewandte Arbeitsleistung ist in das Bauwerk eingegangen und ist als solche nicht Gegenstand der Rückgewähr. Wegen der Beteiligung mehrerer Unternehmer an dem Bauwerk, Architekt und Bauunternehmer, ist eine Rückgewähr in Natur nicht möglich. Der Bauherr muß das Architektenwerk als fehlerhafte Teilbauleistung grundsätzlich behalten und dem Architekten eine dem objektiven Wert des Architektenwerkes entsprechende "Vergütung" zahlen [366].

366) ähnlich Ludwigs/Ludwigs S.183, obwohl er keine Unterschiede beim Leistungsgegenstand der Architektenverträge macht; vgl. auch Schulz S.57, der das Bauwerk als geschuldetes Werk ansieht, Wandlung aber nur in besonders krassen Fällen zuläßt.

Ist das Bauwerk gar nichts wert, so entfällt jeder Anspruch des Architekten auf Entgelt. In dem besprochenen Urteil des OLG Düsseldorf [367] wäre die Wandlung unter Zugrundelegung der erweiterten Vertragstheorie wie folgt durchzuführen gewesen:
Der objektive Wert des fehlerhaften Bauwerks unter Einschluß der Architektenleistung abzüglich Aufwendungen an andere Unternehmer ist der objektive Wert der Architektenleistung, der gem. § 346 S. 2 BGB zu erstatten bzw. zu verrechnen ist.

c) Ergebnis

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß die Durchführung der Wandlung des Architektenvertrages vor Baubeginn keine Schwierigkeiten bereitet und in der Praxis gar nicht so selten vorkommt. Dagegen stößt die Wandlung von Architektenverträgen nach Baubeginn auf Schwierigkeiten, die, weil die Wandlung in Natur nicht durchgeführt werden kann, in der Berechnung des an den Architekten zu zahlenden Wertausgleichs für die dem Bauherrn verbleibenden, wenn auch fehlerhaften Architektenleistung liegen, die aber lösbar sind.

2. Der Statikervertrag

Im engen Zusammenhang mit der Architektenleistung stehen die Leistungen der sogen. "Sonderfachleute" [368], von ihnen ist der Statiker der wichtigste [369].

a) Die Rechtsnatur des Statikervertrages

Aufgabe des Statikers ist es im allgemeinen, die statischen Berechnungen für das Bauvorhaben im Rahmen der Pläne des Architekten durchzuführen, d.h. das tragende System rechnerisch nachzuweisen und die Konstruktionsstärken aller tragenden Teile festzulegen. Damit schuldet er die Herstellung eines bestimmten Arbeitsergebnisses, nämlich die statischen Berechnungen, demnach ein

---

367) v. 1.4.66 VersR 1966,856 vgl. oben S. 223 ff
368) § 3 GOA z.B. Statik, Akustik, Heizung, Lüftung, Versorgungsanlagen
369) vgl. Herding/Schmalzl S.409

Werk i.S.d. § 631 BGB. Der Statikervertrag ist daher Werkvertrag i.S.d. §§ 631 ff BGB [370]. Ist der Statikervertrag Werkvertrag, so richten sich die Mängelansprüche nach den §§ 633 ff BGB [371]. Zunächst hat der Statiker fehlerhafte Berechnungen nachzubessern [372]:

Für den Balkon am Hause des Bauherrn hat der Statiker eine Nutzlast von nur 200 kg/qm berücksichtigt, während DIN 1055 eine solche von 500 kg/qm vorschreibt [373].

Bessert der Statiker nicht nach oder ist eine Nachbesserung nicht möglich, so kann der Bauherr Wandlung oder Minderung verlangen [374].

Hat der Statiker die Mangelhaftigkeit seines Werkes verschuldet, so haftet er nach § 635 BGB auf Ersatz der daraus entstandenen Schäden des Bauwerks, worin der Mangel des Statikerwerks dann zutagetritt. Der Schadenersatzanspruch nach § 635 BGB ist die wichtigste Auswirkung der werkvertraglichen Gewährleistung des Statikers. Demgegenüber treten Minderung und Wandlung, die i.d.R. nur den Honoraranspruch des Statikers beeinflussen, zurück. Gleichwohl kommt die Wandlung des Statikervertrages vor und soll daher angesprochen werden.

b) Die Durchführung der Wandlung beim Statikervertrag

Ein Urteil des BGH vom 28.2.1966 befaßt sich mit folgendem Sachverhalt: [375]

Ein Bauingenieur fertigte für einen Wohnblock, den der Besteller errichten ließ und der von einem Architekten geleitet wurde, die statischen Berechnungen an. Der Ingenieur verlangte seine Vergütung von etwa 8.000 DM. Der Bauherr berief sich auf Wandlung wegen Unbrauchbarkeit der Berechnungen.

---

370) BGH v.28.2.66 - VII Z R 287/63 - Sch-F Z 3.01 Bl.348 (v); BGH v.18.9.67 Sch-F Z 3.01 Bl.373 ff= NJW 1967,2259=BGHZ 48,254;Schmalzl MDR 1971,349 (350 m.w.N.in Fn.1); Bindhardt Baubetriebswirtschaft 1965,104; Schmalzl NJW 1967,10(14); zum Ingenieurvertrag allgemein: Herding/Schmalzl S.414 ff; Kirchner BB 1971,67 ff

371) Herding/Schmalzl S.420; Bindhardt wie Fn.370

372) solange das sinnvoll ist; ist der Bau schon ausgeführt, so ist die Nachbesserung der Berechnungen und Konstruktionspläne nur dann von Wert, wenn der Statiker wie der Architekt mit den Handwerkern dafür Sorge trägt, daß das Bauwerk in seiner materiellen Gestalt fehlerfrei entsteht.

373) OLG Stuttgart v. 23.7.68 MDR 1968,49 Nr. 38

374) Herding/Schmalzl S.420

375) - VII ZR 13/65 - Sch-F Z 3.01 Bl. 342 ff

Der BGH hält die Wandlung für möglich; es fehlten aber die Voraussetzungen des § 634 BGB.
Ein anderes Urteil vom selben Tage [376] befaßt sich ebenfalls mit der Wandlung eines Statikervertrages:

Der Architekt beauftragte namens des Bauherrn den sein Honorar (Statikergebühren) einklagenden Ingenieur mit den statischen Berechnungen für einen achtgeschossigen Wohnblock. Bei der Errichtung des Rohbaus wurden die Fundamente entsprechend der statischen Berechnung des Ingenieurs ausgeführt, wohingegen die Decken nach der statischen Berechnung der später beauftragten Firma E. in Vollbeton statt der von dem Ingenieur vorgesehenen Rippendecken hergestellt wurden.

Gegen die Honorarforderung macht der Bauherr Mangelhaftigkeit der statischen Berechnungen geltend:
Der Ingenieur habe entgegen der Weisung des Architekten die Berechnung für Rippendecken anstatt für Vollbetondecken vorgenommen, deren tatsächliche Durchführung den Bau um 150.000 DM verteuert hätten, so daß der Bau nicht mehr im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus habe durchgeführt werden können. Eine entsprechende Änderung habe der Ingenieur abgelehnt.

Bedeuten die vom Ingenieur vorgesehenen Stahlbeton-Rippendecken gegenüber den tatsächlich ausgeführten Vollbetondecken einen dem Bauherrn nicht zumutbaren Mehraufwand, so weist das Werk des Statikers einen Mangel auf, dessen Beseitigung der Bauherr gem. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB verlangen kann. Der BGH bejaht die Möglichkeit einer einredeweise geltend gemachten Wandlung [377], sah sich aber wegen fehlender Klärung der Wandlungsvoraussetzungen nicht in der Lage, abschließend zu entscheiden.
Ist der Bau noch nicht begonnen, so erschöpft sich die Durchführung der Wandlung beim Statikervertrag in dem Austausch der fehlerhaften Berechnungen und Konstruktionen und dem etwa bereits ganz oder teilweise gezahlten Honorar. Ist der Bau bereits begonnen worden und die Statikerleistung bereits in das Bauwerk eingegangen, so ist, falls die Statikerleistung noch einen Wert repräsentiert, der in dem Bauwerk steckt, dem Statiker ein entsprechender Ausgleich in Geld

---

376) - VII ZR 287/63 - Sch-F Z 3.01 Bl. 348 ff
377) Sch-F Z 3.01 Bl.349 v sub III und Leitsatz 3

zu zahlen [378], und zwar entsprechend dem zum Architektenvertrag Ausgeführten [379].

V. Das Verhältnis der Gewährleistungspflichten des Bauunternehmers und des Architekten, Statikers insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Wandlung

1. Bauunternehmer und Architekt

Häufig ist ein Baumangel zugleich ein Mangel des Architektenwerks. Das ist z.B. dann der Fall, wenn Baumängel auf einer fehlerhaften Planung oder Bauleitung beruhen [380].

Die Gewährleistungspflicht des Architekten einerseits und die Gewährleistungspflicht des Bauunternehmers andererseits sind grundsätzlich gleichrangig. Der Bauherr hat mit beiden Werkunternehmern Verträge und ist berechtigt zu wählen, an wen er sich wegen der Mängel halten will [381].

a) Die eingeschränkte Werkvertragstheorie und die Rechtsprechung des BGH

Geht man von der Verschiedenheit des Leistungsgegenstandes beim Architekten- und Bauunternehmerwerk aus, so hat der Bauherr das Recht,

den Architektenvertrag zu wandeln, wenn Nachbesserung an dem Bauwerk durch den Bauunternehmer durchgeführt wird, wenn die Voraussetzungen des § 634 BGB erfüllt sind [382],
den Architektenvertrag auch dann zu wandeln, wenn er den Bauwerkvertrag wandelt, ebenfalls unter den Voraussetzungen des § 634 BGB [383].

---

378) vgl. Herding/Schmalzl S.420 mit Verweisung auf S.314
379) vgl. dazu oben S.221 ff
380) BGH v. 25.4.64 BGHZ 42,16=NJW 1964,1791
381) BGH v. 17.5.65 VersR 1965,803;BGH v.2.5.63 BGHZ 39,261=NJW 1963,1401=Scg-F Z 3.01 Bl.208, wo ausgeführt ist, daß weder eine Subsidiarität der Pflichten des Architekten gegenüber den Pflichten des Bauunternehmers "aus der Natur der Sache" noch einen Rechtsatz des Inhalts gebe, daß der Bauausführnde vor dem Bauüberwachenden haftet; dazu Schmalzl, Haftung Rdnr. 214 S.117; Herding/Schmalzl S. 319 ff
382) Herding/Schmalzl S. 323
383) das ergibt sich schon daraus, daß beide Verträge selbständig nebeneinander stehen.

Erfahrungsgemäß nimmt der Bauherr zunächst den Architekten in Anspruch, und zwar zumeist aus § 635 BGB wohl weil diesem gegenüber wegen fehlender Mängelbeseitigungspflicht am Bauwerk die Formalien des § 634 BGB entfallen und der Architekt haftpflichtversichert ist [384].

Auf den Ausgleich im Innenverhältnis ist in dieser Arbeit, die sich mit der Durchführung der Wandlung beschäftigt, nicht einzugehen [385]

b) Die erweiterte Werkvertragstheorie

Ist das Architektenwerk dem Bauwerk gleichzusetzen, d.h. schulden sowohl der Architekt als auch der Bauunternehmer das Bauwerk in seiner materiellen Gestalt, so hat der Bauherr Nachbesserungsansprüche gegen beide Unternehmer. Die Nachbesserung kann in der Form vorgenommen werden, daß der Bauunternehmer durch die notwendigen Handwerksleistungen, der Architekt durch die entsprechende Aufsichtsführung das Bauwerk in einen mangelfreien Zustand versetzen [386]. Fehler, die allein in den Verantwortungsbereich des Bauunternehmers fallen oder die sehr geringfügig sind, die demnach einer Tätigkeit des Architekten nicht bedürfen, sind vom Bauunternehmer allein zu beseitigen. Die erweiterte Werkvertragstheorie ändert nichts daran, daß der Bauherr Gewährleistungsansprüche gegen beide Unternehmer hat. Führt der Anspruch auf Nachbesserung

---

384) Schmalzl, Haftung Rdnr. 215 S.117; Herding/Schmalzl S. 320

385) vgl. Herding/Schmalzl S.321 ff zu dem Fall, daß Bauunternehmer und Architekt aus § 635 BGB auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung haften, und zu dem Fall, daß der Architekt aus § 635 BGB haftet und der Bauunternehmer nach § 633 Abs. 2 nachbesserungspflichtig ist;
vgl. BGH v. 19.12.68 JZ 1969,386=NJW 1969,653= Sch-F Z 2.413 Bl.37=VersR 1969,331=MDR 1969,385 zu dem Fall, daß der Architekt aus § 635 BGB haftet und der Bauwerkvertrag gewandelt wurde (vgl. auch Heyers Baubetriebswirtschaft 1966,49 zu OLG Düsseldorf v. 1.12.65 als Vorinstanz)

386) Ganten NJW 1970,690 f; ähnlich Heß S.72 ff; ablehnend Bindhardt S.29 ff

nicht zum Erfolg, so kann der Bauherr unter den Voraussetzungen des § 634 BGB u.a. zur Wandlung übergehen, und zwar u.U. gegen den Architekten und den Bauunternehmer [387].

Die Durchführung der Wandlung richtet sich auch hier nach den für die Durchführung der Wandlung beim Architekten- und Bauvertrag gefundenen Gesichtspunkten. Zwar kann der Unternehmer entgegen Ganten [388] durchaus zu mehr verpflichtet werden als nur zur Aufgabe seines Werklohnanspruchs, nämlich auch zur Rücknahme des Werkes. Die Rücknahme des Werkes ist aber in diesen Fällen nicht nur aus wirtschaftlichen Gründen (Tendenz der Werkerhaltung zur Vermeidung der Zerstörung wirtschaftlicher Werte) unmöglich, sondern auch deswegen, weil zwei Unternehmer auf Grund selbständiger Verträge nach der erweiterten Werkvertragstheorie ein und dasselbe Werk schulden, nämlich das Bauwerk in seiner materiellen Erscheinungsform. Daher kann hier nur ein Wertausgleich stattfinden. Anstelle des auf Grund der Wandlung hinfällig gewordenen Werklohnes erhalten die Unternehmer den objektiven Wert ihrer Leistungen in Anwendung des § 346 S. 2 BGB in Geld "vergütet". Nichts anderes nimmt wohl Ganten [389] an, wenn er ausführt, daß "die Gewährleistung nach § 634 BGB auf einem Mängelausgleich im Rahmen der Einzelverträge beschränkt" sei. Ein Ausgleich zwischen Architekt und Bauherr kommt nicht infrage. Ein Gesamtschuldverhältnis liegt nicht vor. Architekt und Bauherr sind jedenfalls solange keine Gesamtschuldner als nicht Schadenersatz wegen i.S.d. § 635 BGB zu vertretender Mängel in Rede stehen [390]. Leistungen des einen gleichen Leistungen des anderen nicht aus.

---

387) vgl. Ganten NJW 1970, 691 l.Sp.
388) NJW 1970, 691 l.Sp.
389) NJW 1970, 691 l.Sp.
390) BGH v. 1.2.65 BGHZ 43,227 (229)

2. Architekt und Statiker, Bauunternehmer und Statiker

Hierbei gilt das eben Ausgeführte entsprechend, je nach dem, ob man von der eingeschränkten oder erweiterten Werkvertragstheorie ausgeht [391].

VI. Die Nebenansprüche aus Wandlung von Werkverträgen

Damit sind die Ansprüche der Vertragsparteien aus Wandlung außerhalb des eigentlichen Rücktausches der erbrachten Leistungen angesprochen.
Weil i.d.R. das gilt, was in diesem Zusammenhang zur Wandlung beim Kauf ausgeführt wurde, darf insoweit auf die Darstellung beim Kauf verwiesen werden [392].

---

391) vgl. dazu OLG Karlsruhe v. 2.12.66 MDR 1969,49 Nr.39 Leitsatz 5 und Gründe S.50 betr.Architekt und Statiker; LG Hamburg 28.6.62 VersR 1963,762 betr. Architekt und Statiker; Herding/Schmalzl S.422

392) vgl. oben S. 61,80 ff; einige Positionen sind auch bei der Erörterung der zur Wandlung ergangenen Rechtsprechung angesprochen vgl. oben S. 199, 203

B. Ausländisches Recht

I. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen im österreichischen Recht

1. Das Abgehen vom Vertrage, seine Wirkung und seine Durchführung im allgemeinen

Ist der Besteller vom Vertrage abgegangen [393], hat er also gewandelt, ist der Vertrag gänzlich aufgehoben, wie § 932 Abs. 1 ABGB, einer der nach § 1167 S.4 ABGB anwendbaren Vorschriften über die Gewährleistung bei entgeltlichen Verträgen zu entnehmen ist. Liegen die Voraussetzungen des § 1167 ABGB vor [394], "so kann der Besteller vom Vertrage abgehen, wie wenn er nicht geschlossen wäre" [395]. Es ist also nicht nur die Rechtslage zu beseitigen, die sich aus der etwa bereits erfolgten Erfüllung des Vertrages ergibt [396], so daß ein Erfüllungsanspruch nicht mehr besteht: Von noch nicht erfüllten Leistungspflichten werden die Parteien befreit. Vorschriften über die Durchführung der Wandlung fehlen im österreichischen Recht. Lediglich § 921 S.2 ABGB bestimmt für den Rücktritt, daß das bereits empfangene Entgelt auf solche Art zurückzustellen oder zu vergüten sei, daß kein Teil aus dem Schaden des anderen Gewinn ziehe. Dieser Anspruch wird überwiegend als "Bereicherungsanspruch" bezeichnet [397]. Unter Hinweis auf diese Bestimmung umschreiben Adler/Höller [398] die Durchführung der Wandlung beim Werkvertrag wie folgt:

"In Ausführung dieses Abgehens ist der Vertrag rückgängig zu machen, von beiden Seiten also alles zurückzustellen und in den früheren Zustand zu versetzen, aber so, daß kein Teil an dem Schaden des anderen Gewinn zieht"

Dem ist jedenfalls zu entnehmen, daß die Ansprüche auf einem besonderen Wandlungsschuldverhältnis beruhen [399], und zwar deswegen, weil Adler/Höller [400]

---

393) § 1167 ABGB
394) vgl. dazu oben S. 37 ff
395) Krasnopolski/Kafka § 81 II 3 S.431
396) Kapfer § 1167 Nr.4
397) vgl. Kapfer § 921 (Anwendungsfall des § 1435 ABGB (condictio sine causa(); Klang/Gschnitzer § 921 Anm.II; OGH v.6.9.57 HS ergBd 128; OGH v. 13.7.66 EvBl 1967 Nr.13
398) in Klang § 1167 Anm. 2 b
399) vgl. Walter S.244
400) aaO Fn.23

sich ausdrücklich auf eine Entscheidung des OGH vom 19.9.1916 [401] stützen, in der für den Bereich des Werkvertrages [402] von der Bereicherung abgegangen wird und ausgeführt ist, daß

"der Anspruch, daß der Vertrag aufgehoben sei, ipso iure die Versetzung in den vorigen Stand nach sich zieht, insoweit sie eben vom Besteller verlangt wird".

Daraus folgt, daß, geht der Besteller gemäß § 1167 ABGB vom Vertrage ab, alles in den vorigen Stand versetzt werden muß, was aber wie im deutschen Recht nur so zu verstehen ist, daß der Zustand vor Erbringung der Leistung herzustellen ist [403].

Der Besteller hat also dem Grundsatz nach das Werk, der Unternehmer die Vergütung zurückzustellen. Dem ABGB ist eine Differenzierung der einzelnen Werkvertragstypen unbekannt, wenn auch die Bezeichnungen aus dem deutschen Recht in Rechtsprechung und Lehre Eingang gefunden haben.

Zunächst sollen die dem Kauf nahe stehenden Fälle der Werklieferung erörtert werden, soweit sie dem Werkvertragsrecht unterliegen, weil eine Sache nach den besonderen Bedürfnissen und Wünschen des Bestellers als individuelle Leistung angefertigt werden soll [404] - Werklieferungsvertrag i.e.S. des deutschen Rechts - . Die Werkverträge, die dem deutschen § 651 Abs. 2 BGB entsprechen [405], werden im Anschluß an den eigentlichen Werkvertrag behandelt.

2. Die Durchführung der Wandlung bei Werklieferungen, die unter den Werkvertrag fallen

Zwar kennt das österreichische Recht die Mischform zwischen Kauf und Werkvertrag, den Werklieferungsvertrag nicht, es grenzt aber ähnlich wie § 651 BGB danach ab, ob es sich um die Anfertigung marktgängiger Sachen, Serienerzeugnisse (Kaufvertrag) oder um die Herstellung einer Sache unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse des Bestellers handelt, individuelle An-

---

401) JurBl 1916,537

402) die Entscheidung betrifft die Wandlung eines Zahnarztvertrages über die Anfertigung eines Gebisses wegen dessen Unbrauchbarkeit

403) mißverständlich Walter S.244

404) vgl. z.B. OGH v. 8.10.68 EvBl(ÖJZ) 1968 Nr.95 (S.154) betr. Herstellung eines Werbediapositivs mit Sprechstreifen

405) vgl. z.B. OGH 10.4.57 EvBl (ÖJZ) 1957 Nr.257 (S. 390) betr. u.a. Lieferung von Ofenteilen und Errichtung des Ofens an Ort und Stelle

passung (Werkvertrag) [406].

Bei Werkverträgen dieser Art ist die Durchführung der Wandlung wie beim Kauf vorzunehmen [407]. Der Hersteller erhält das Werk zurück und hat den Werklohn zurückzuzahlen. Oder aber er nimmt das Werkgar nicht erst an und zahlt kein Entgelt [408].

3. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen über Leistungen an bestellereigenen Stoffen

Wenn eine Sache des Bestellers bearbeitet worden ist, erhält der Besteller nicht nur den schon etwa gezahlten Werklohn zurück, sondern ist berechtigt, die Rückversetzung seines Stoffes in den früheren Zustand zu verlangen. Freilich wird das Recht auf Wiederherstellung der Sache so wie sie vor der Werkleistung war erheblich eingeschränkt: Die Rückversetzung seiner Sache in den früheren Zustand zu verlangen berechtigt ist der Besteller nur, wenn dies ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich ist [409]. Diese Einschränkung wird § 1167 S.2ABGB entnommen, der insofern analog angewandt wird. Das läuft letztlich darauf hinaus, daß der Besteller den bearbeiteten Stoff so wie er sich nach der Behandlung durch den Unternehmer darstellt, behalten muß [410], weil entweder die Rückversetzung in den ursprünglichen Zustand überhaupt nicht möglich ist (der Anzugstoff ist verschnitten) oder der Aufwand ist unverhältnismäßig (Anstrich eines Hauses).

---

406) Gschnitzer BT S.90; vgl. OGH v. 10.4.57 EvBl (ÖJZ) 1957 Nr.257 (S.390)

407) vgl. oben S. 90 ff

408) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm.2 b;
vgl. aus der spärlichen Rechtsprechung zur Wandlung von Verträgen über Werklieferungen:
OGH v. 5.11.02 Zentralblatt 21 (1903) Nr.97 S.218 = GlUNF 2089 betr. Bestellung eines "Frühjahrskleides", eines "modegemäßen Kleidungsstücks" für eine "Professorsgattin"; ähnlich OGH v. 5.11.79 GlU 3693; OGH v. 21.5.90 GlU 13298;
OGH v. 3.12.13 GlUNF Nr.6669 betr. Anfertigung eines Pelzmantels;
OGH v. 26.10.15 Zentralblatt 38(1920) Nr. 185 S.566 f betr. Herstellung und Lieferung "von ganz eigenartigen, nach bestimmten auf Grund einer neuen Erfindung...herzustellenden Anlagen";
OGH v. 24.1.68 SZ 41 Nr.9 S.30 ff betr. Anfertigung von "2 zweiteiligen Badeanzügen" ("Bikinis") nach Maßen der Bestellerin

409) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm. 2 b

410) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm. 2 b

Die Unmöglichkeit der Rückversetzung der Sache in den ursprünglichen Zustand hat zu der Frage geführt, ob dadurch das Abgehen vom Vertrage nicht ausgeschlossen ist.

So hielt der OGH in einer Entscheidung vom 10.3.1925[411], die sich mit den Gewährleistungsansprüchen bei einem Vertrag über die "Schlägerung und Verfrachtung" von Holz[412], der als Werkvertrag bezeichnet wurde, nur Minderung oder Nachbesserung für möglich", da ein Abgehen vom Vertrage nicht mehr in Frage kam"[413], offenbar, weil der Holzeinschlag nicht mehr rückgängig zu machen war.

Dagegen ist die Lehre der Ansicht, daß der Besteller auch dann zu wandeln berechtigt ist, wenn die Wiederherstellung des vorigen Zustandes nicht möglich ist[414]. Eine Begründung dafür wird nicht gegeben; das ergibt sich aber aus dem Gesetz selbst; es macht von dem Recht, vom Vertrage abzugehen insoweit keine Ausnahme. Ist die Wandlung nicht in Natur durchführbar, muß auf andere Weise soweit wie möglich das gewünschte Ziel, die Rückstellung der erbrachten Leistungen, erreicht werden.

Im ABGB ist die Frage, ob der Besteller beim Abgehen vom Vertrage sich mit der Rückgabe bzw. dem Behalten des durch die fehlerhafte Bearbeitung beeinträchtigten Stoffs begnügen muß oder aber in irgendeiner Weise Ersatz dafür verlangen kann, wenn ein Verschulden des Unternehmers nicht vorliegt, nicht geregelt. Aus den allgemeinen Grundsätzen ergibt sich, daß der Besteller sich mit der Rückstellung des möglicherweise verpfuschten Stoffes begnügen muß. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die Materialien zum ABGB. In den Beratungen des heutigen § 1167 ABGB[415] kam die Sprache darauf, daß bei Wandlung der dem Besteller am Stoff zugefügte Schaden nicht ausgeglichen sei. Die k.u.k. Hofkommission stellte sich einhellig auf

---

411) SZ VII Nr.76 S.185 ff; offengelassen in OGH v. 5.1.27 SZ IX Nr.8 S.17 f betr. Maßanzug

412) der Einschlag von Holz und dessen Verbringung an einen bestimmten Platz war geschuldet

413) aaO S.190

414) Ehrenzweig S.520 mit Fn.27; Klang/Adler/Höller § 1167 Anm. 2 b

415) zunächst § 1141, später § 1153

den Standpunkt, daß die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruchs den Interessen des Bestellers hinreichend Rechnung trage [416]. Wie im deutschen Recht kann der Besteller nur bei Verschulden des Unternehmers Ersatz des an seinem Stoff durch das fehlerhafte Werk entstandenen Schadens mit Erfolg verlangen [417]. Was die etwaige Werterhöhung des bestellereigenen Stoffes trotz der fehlerhaften Werkleistung des Unternehmers anbelangt, so hat der Unternehmer insoweit einen Wertersatzanspruch [418]. Allerdings muß ein objektiver Wertzuwachs vorhanden sein, was bei Adler/Höller [419] nicht klar zum Ausdruck kommt, wenn ausgeführt ist, daß Voraussetzung für einen Wertersatz ist, daß der Besteller, der die Sache behält, durch die Arbeit einen Nutzen ziehen würde.

4. Die Rückgewährpflichten bei der Wandlung von Werkverträgen über Werke bestehend aus Arbeit mit Zutaten an bestellereigenen Stoffen

a) bei Abtrennbarkeit der Zutaten

Wie im deutschen Recht ist die Durchführung der Wandlung von Werkverträgen unter Verwendung von Zutaten davon abhängig, ob die Zutaten abgetrennt, also das Werk dem Unternehmer in Form der Zutaten zur Verfügung gestellt werden kann [420]. Liegt Trennbarkeit vor, so erhält der Unternehmer die Zutaten zurück [421]; der Besteller behält seinen Stoff und braucht eine Vergütung nicht zu zahlen, bzw. ist berechtigt, eine bereits gezahlte zurückzufordern.

b) bei Unabtrennbarkeit der Zutaten

aa) Die Zulässigkeit der Wandlung

Sind die Zutaten nicht abtrennbar, so ist die dem Grundsatz nach geforderte Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes des vom Besteller gestellten Stoffes nicht möglich. Es wird daher erörtert, ob bei fehlender Möglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes die Wandlung überhaupt zulässig

---

416) Ofner II S.104
417) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm. 2 b
418) Ehrenzweig § 375 II 1 a S.520 mit Fn.28; Klang/Adler/Höller aaO unter Hinweis auf §§ 416,331 ABGB bzw. § 415,416 ABGB
419) aaO
420) Ehrenzweig aaO; vgl. Walter S.245
421) gem. dem Grundsatz, daß der Unternehmer bei Veränderung des vom Besteller gestellten Stoffes den Stoff in den alten Zustand zu versetzen hat.

ist [422].

In einer Entscheidung des OGH vom 1.3.1912 [423] wird die Zulässigkeit der Wandlung unter Berufung auf § 877 ABGBverneint.

Der Entscheidung lag ein Vertrag über die Zementierung (Trockenlegung) eines wasserhaltigen Kellers zugrunde. Die vom Unternehmer hergestellte Kellersohle war wasserdurchlässig.

Die Wandlung "ist aber im vorliegenden Fall ausgeschlossen, weil das Abgehen vom Vertrage, wie sich grundsätzlich aus § 877 ABGB ergibt, nur dann möglich ist, wenn der vorige Stand dadurch wiederhergestellt werden kann, daß jeder Vertragsteil das, was er aus dem Vertrage zu seinem Vorteile erhalten hat, zurückstellt; dies ist im vorliegenden Fall nicht möglich, weil es sich um eine an dem Kellerboden vorgenommene bauliche Veränderung handelt".

Die Frage der Zulässigkeit des Abgehens vom Vertrage hat mit der Möglichkeit der Rückgewähr in Natur nichts zu tun. Wenn sich die Rückgewähr in Natur nicht durchführen läßt und das Werk dem Besteller verbleibt, ist nach allgemeinen Grundsätzen dem Unternehmer der Mehrwert zu erstatten, den der gestellte Stoff durch die Verarbeitung von Zutaten an ihm erfahren hat [424].

Der Hinweis des OGH auf § 877 ABGB ist nicht stichhaltig.

Der Geltungsbereich des § 877 ABGB beschränkt sich nach überwiegender Absicht auf Geschäfte, bei denen dem einen Teil die erforderliche Geschäftsfähigkeit gefehlt hat, Scheingeschäfte (§ 916 ABGB), Geschäfte, die gemäß §§ 870 ff ABGB wegen Zwanges oder Irrtums ungültig sind, endlich auf Fälle, in denen ein Vertrag wegen Dissenses nicht zustande gekommen ist [425] und ist nicht über diesen Bereich hinaus anzuwenden [426].

Selbst wenn man auf § 877 ABGB zurückgreifen wollte, so ist anerkannt, daß bei Unmöglichkeit der Naturalherstellung sich eine Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung, also eines Wertausgleichs, ergeben kann [427].

---

422) vgl. Ehrenzweig S.520; OGH v. 30.1.74 EvBl (ÖJZ) 1974 Nr.195(436) betr. "Arbeiten zur Herstellung von Türbeschlägen und Einpassung von Türen"
423) GlUNF XV 5810 S.164 f (noch zu § 1153 ABGB a.F.)
424) vgl. §§ 415,416 ABGB, zutr.Klang/Adler/Höller aaO
425) vgl. Klang/Gschnitzer § 877 Anm.I
426) vgl. Klang/Gschnitzer § 877 Anm.I
427) Klang/Gschnitzer § 877 Anm.III m.N. aus d.Rspr.

§ 877 ABGB hat also auf die Zulässigkeit der Wandlung bei Unmöglichkeit der Rückstellung in Natur keinen Einfluß [428]; sie ist nicht ausgeschlossen [429].

bb) Die Durchführung der Wandlung

Der Besteller behält seinen Werkstoff einschließlich der Zutaten. Er hat keinerlei Werklohn zu zahlen. Er hat Wertersatz zu leisten, soweit die gestellte Sache durch das Werk, die Arbeit mittels Zutaten an gemeinem Werte gewonnen hat [430].

c) Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen mit Lieferung von Zutaten am Beispiel von Bauverträgen

aa) Allgemeines

Auch im österreichischen Recht ist der Vertrag über die Errichtung eines Hauses auf dem Baugrund des Bestellers ein Werkvertrag [431]. Mangels besonderer Bestimmung ist auch hier das Abgehen vom Vertrage unter den Voraussetzungen des § 1167 ABGB zulässig [432]. Die Durchführung der Wandlung stößt auf dieselben Schwierigkeiten wie im deutschen Recht.

Der Abbruch eines Bauwerks und der Abtransport der dabei anfallenden Materialien ist i.d.R. mit einem hohen Aufwand verbunden, der diesen zu einem unverhältnismäßigen i.S.d. von der h.L. herausgearbeiteten Ausnahme macht, so daß der Bauherr die Rückversetzung seines Baugrundes in den alten Zustand nicht zu verlangen berechtigt ist [433]. Allerdings wird eine Ausnahme gemacht, wenn ein besonderes Interesse des Bauherrn vorliegt [434]. Damit können nur die Fälle gemeint sein,

---

428) zutr. Ehrenzweig § 375 II 1 a S.520 Fn.27 o. Begr.
429) Ehrenzweig aaO unter Bezugnahme auf Ausbesserung mit Zutaten; ganz allgemein Klang/Adler/Höller § 1167 Anm. 2 b m.Fn.25
430) Ehrenzweig aaO unter Hinweis auf §§ 416,331 ABGB, was dann zutr. ist, wenn man den Werkvertrag (ex tunc) als aufgehoben ansieht; ferner verweist er u.a. auf Oertmann Recht 1920,153; die Wertbemessung ist wie im deutschen Recht vorzunehmen, vgl. dazu oben S.162 ff; abw. OGH v. 10.4.57 HS 1883
431) Gschnitzer BT § 25 A I 3 S.89; OGH v. 24.9.69 JurBl 1970,371; OGH v. 24.8.71 EvBl(ÖJZ) Nr.263 (491); OGH v. 6.2.00 GlUNF 875; vgl. aber OGH 6.9.87. GlU 11734; ferner soll Kauf vorliegen bei einem Vertrag über Arbeiten an einem Hause, wenn das zu liefernde Material die Hauptsache ist, OGH v. 23.1.77 GlU 6359, v.21.11.77 GlU 6666, v.3.4.91, GlU 13697 v. 20.02.06 GlUNF 3329
432) vgl. Weigl ÖJZ 1956,147 (148); Riezler Rabels Z 17 (1952) 522 ff (544)
433) Klang/Adler/Höller aaO
434) Riezler aaO S.544

sein, in denen das Bauwerk völlig wertlos ist und es dem Bauherrn nicht zugemutet werden kann, ein solches Werk zu behalten, mag er auch keinen Werklohn zu bezahlen brauchen. Hat das Bauwerk auf dem Baugrund des Bestellers trotz seiner Mängel einen Wert, liegt also ein Wertzuwachs vor, so ist zwar kein Werklohn, aber Wertersatz zu leisten [435], den Adler/Höller als Bereicherungsersatz für Vermögenszuwachs bezeichnen [436]. § 418 ABGB, auf den Adler/Höller [437] vergleichsweise verweisen, der sich mit dem Bau auf fremdem Grund und Boden mittels eigener Materialien beschäftigt, bietet in Satz 3 einen Anhaltspunkt als dort vom gemeinen Wert die Rede ist [438].

bb) Rechtsprechung

Die angeführten Grundsätze haben auch in die Rechtsprechung Eingang gefunden.

Ein Urteil des OGH vom 12.5.1919 [439], das sich mit einem Vertrag über die Erstellung einer Eisenbetondecke in einem Hotel befaßt, die wasserundurchlässig sein sollte, spricht das Gericht dem Besteller ein Wandlungsrecht zu, ohne auf die Durchführung der Wandlung einzugehen.

Eine Entscheidung des OGH vom 2.10.1930 befaßt sich mit einem Werkvertrag über einen Teilbau: [440]

Die Erstellung eines Kellers war geschuldet. Der Keller wies schwere, wenn auch nicht unbehebbare Mängel auf, zu deren Beseitigung 60 % des gesamten Werklohnes erforderlich gewesen wären.
Das Gericht stellt klar, daß Mängel, die der Zweckbestimmung des Werkes geradezu zuwiderlaufen und nur mit erheblichem Aufwand an Zeit, Arbeit und Kosten beseitigt werden können, wesentliche Mängel i.S.d. § 1167 ABGB sind, auf die dauernde Unbrauchbarkeit, d.h. also Verbesserbarkeit, komme es nicht an.
Das Gericht lehnt, allerdings ohne Begründung, die Auffassung zutreffend ab, daß das Wandlungsrecht nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß die Rückversetzung in den vorigen Stand durch Rückstellung des Materials an den Unternehmer nicht möglich ist.

Hinsichtlich der Durchführung der Wandlung geht das Gericht von den genannten Grundsätzen aus, daß die

---

435) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm.2 b; Walter S.252
436) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm.2 b
437) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm.2 b
438) § 418 S.3 ABGB gibt dem Grundeigentümer einen Anspruch auf den Wert des Grundstücks, wenn dieser nicht sogleich den ihm bekannten Bau untersagt hat. Ist ein Bauwerkvertrag vorhanden, ist freilich die umgekehrte Lösung angemessen
439) GlUNF Nr. 4618 S.312 ff
440) Zentralblatt 49 (1931) Nr. 197 S.593

Beseitigung des Baus durch Zerstörung nicht gefordert werden könne, wenn nicht ein besonderes Interesse des Bestellers vorliege, sondern durch die Beseitigung des Bauwerks dem Unternehmer zwecklos ein nach den Umständen vermeidbarer Schaden zugefügt werden müßte.

Zum konkreten Fall führt das Gericht aus, daß das Geleistete nicht gänzlich unverwertbar sei, sondern durch entsprechende Nachbesserung in einen vollkommen brauchbaren Zustand versetzt werden könne. Weil das Bauwerk nachbesserungsfähig sei, habe der Besteller kein besonderes Interesse an der Beseitigung des Bauwerks. Unter diesem Aspekt werde die Frage, ob die Mängel behebbar seien oder nicht, bedeutungsvoll. Die Klage auf Beseitigung des Bauwerks wurde daher vom OGH abgewiesen.

Daraus ergibt sich, daß auch im österreichischen Recht der Bauherr das fehlerhafte Bauwerk behalten muß, wenn es noch etwas wert und ausbaufähig ist. Der Bauherr hat, wie das Gericht weiter zutreffend ausführt [441], Anspruch auf Rückerstattung des schon gezahlten Werklohns, muß sich aber

> "an Stelle der unmöglichen Rückleistung der empfangenen Leistung den Wert der vorhandenen Bereicherung anrechnen lassen, um hierdurch der Pflicht zur Rückerstattung zu genügen".

Mangels einer ausdrücklichen oder wenigstens analog anwendbaren Vorschrift über die Rückgewähr von Leistungen, die in Natur nicht zurückgenommen werden können, ist das österreichische Recht genötigt, auf die allgemeinen oder besonderen Bereicherungsvorschriften zurückzugreifen.

Während im deutschen Recht der objektive Wert der dem Besteller verbleibenden wenn auch fehlerhaften Leistung zu ersetzen ist, wird im österreichischen Recht die "Bereicherung" ersetzt, die nach der Ansicht des Gerichts darin besteht,

> "daß die klagende Partei (scil. Besteller) nach der Ausbesserung den vollen vertragsmäßigen Wert des Werkes in der Hand hat, während sie bei Aufhebung des Vertrages nur die Kosten der Ausbesserung aufzuwenden hat".

Das ist offenbar so zu verstehen, daß die Bereicherung

---

441) aaO S. 594

in der Differenz zwischen dem vereinbarten Werklohn und den aufzuwendenden Mängelbeseitigungskosten besteht. Dabei wird aber die Höhe der Bereicherung nicht von dem objektiven Wertzuwachs an dem Grundstück des Bauherrn abhängig gemacht, sondern von dem mehr oder weniger willkürlich kalkulierten Werklohn des Wandlungsgegners und des mit der Nachbesserung betrauten Unternehmers.

Das kann in Anbetracht der allgemeinen Vorschriften der §§ 417 ff ABGB und des § 877 ABGB, den das Gericht heranzieht [442], nicht richtig sein. Es ist vielmehr von dem gemeinen Wert, dem objektiven Wert des dem Besteller verbleibenden Bauwerks auszugehen, dem Unterschied zwischen dem Verkehrswert vor und nach der Bebauung als Ausgleich in Geld für die dem Bauherrn verbleibenden Baute.

Ein höchst interessanter, jedoch kaum erwähnter Beschluß des 7. Senats des RG vom 24.2.1943 [443] behandelt die Wandlung eines Bauwerkvertrages aus dem Jahre 1929 nach österreichischem Recht:

Geschuldet war die Errichtung eines Werkstätten- und Wohnhausbaues auf dem Grundstück des Bauherrn nach vereinbartem Plan für einen Gesamtpreis zu einem bestimmten Termin. Der Bauherr hatte fast die gesamte Vergütung bezahlt und außerdem für den Bau Aufwendungen in Höhe von etwa 20 % der Bausumme gemacht, die der Bauunternehmer hätte aufbringen müssen. Diese Beträge machte der Bauherr mit der 1935 eingereichten Klage geltend.

Schon die Urteile der Vorinstanzen werfen interessante Lichtblicke auf die schwierige Frage der Durchführung der Wandlung bei Bauwerken:

Das LG Brüx erklärte auf Grund wesentlicher Mängel, die allerdings mit einem Aufwand von etwa 3/4 der Bausumme hätten behoben werden können, den "Rücktritt", gemeint ist das Abgehen vom Vertrage i.S.d. § 1167 ABGB, für berechtigt und den Bauunternehmer für verpflichtet, "dem Kläger (scil. Bauherrn) durch Gestattung des Rücktritts vom Bauvertrage den früheren Zustand auf der Grundparzelle ... wiederherzustellen" und verurteilte den Baumeister zur Rückzahlung des vereinbarten Werklohnes, allerdings mit der Einschränkung, daß der Bauherr, der einen Teil des Baues bezogen hatte, einen monatlichen Betrag wohl als Nutzungsentschädigung "bis zur Räumung und Übergabe des Bauwerks" zu zahlen hatte. Auch sprach es dem Bauherrn einen Schadenersatzanspruch fast in Höhe des ausbedungenen Werklohnes zu, was

442) aaO; zu § 877 ABGB vgl. oben S. 239
443) RGZ 171,15 ff

nach österreichischem Recht möglich ist, da neben der Wandlung auch Schadenersatz verlangt werden kann (§ 1167 S.4 i.V.m. § 932 Abs. 1 S.2 ABGB) [444], was allerdings Verschulden des Bauunternehmers voraussetzt.

Damit entsprach das LG Brüx den allgemeinen bei der Wandlung aufgestellten Grundsätzen unter der Voraussetzung, daß dem Bauherrn ein Behalten des Bauwerks nicht zuzumuten war.

Das OLG Leitmeritz dagegen sprach dem Bauherrn als Rückerstattungs- und Schadenersatzbetrag insgesamt etwas mehr als 1 1/4 des vereinbarten Werklohnes zu, allerdings Zug um Zug gegen Verkauf des Teils des Grundstücks, der zur ordnungsgemäßen Nutzung des darauf errichteten Gebäudes notwendig ist, und zwar für etwa 17,5 % der Werklohnsumme sowie gegen Zahlung eines bestimmten Monatsbetrages bis zur Räumung und Übergabe der vom Bauherrn benutzten Räumlichkeiten an den Bauunternehmer.

Das RG hob das Urteil des OLG auf und verwies den Rechtsstreit an das OLG zurück.

Ganz im Sinne der Legaltheorie zum deutschen Recht führt das RG aus, daß die Wandlung zur Folge habe, "daß der Vertrag rückgängig gemacht ist", "rückwirkend zu bestehen aufgehört" hat [445], damit die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem aufgehobenen Vertrag rückwirkend, also ex tunc erloschen seien und die Aufhebung des Vertrages jedoch neue Pflichten erzeuge, jede Vertragspartei also das, was sie erhalten habe, zurückzugewähren habe. Es spricht dem Bauherrn zunächst den gezahlten Werklohn sowie die Aufwendungen auf den Bau zu, und zwar aus dem Gesichtspunkt der Bereicherung. "Der Bauherr" "muß das Werk zurückgeben", mit diesem treffenden Satz wendet sich das RG der Rückgewährpflicht des Bauherrn zu und erklärt lapidar:

"Ein aufgeführtes Bauwerk läßt sich jedoch nicht zurückgeben. Das hindert indessen die Wandlung nicht. Der Kläger muß an Stelle der Rückgabe des Bauwerks den Betrag zurückgewähren, um den sein Grundstück durch den Bau an Wert gewonnen hat. Das hat nach den Grundsätzen des § 1447 ABGB zu geschehen".

§ 1447 ABGB behandelt die (nachträgliche) Unmöglichkeit: Der Schuldner kann die Leistung aus natürlichen oder rechtlichen Gründen nicht bewirken (sogen. logische Unmöglichkeit) [446]. Dem wird die wirtschaft-

---

444) vgl. OGH v. 4.6.71 JurBl 1972,149 (150)
445) aaO S.19
446) Klang/Pisko/Gschnitzer § 1447 A,B I

liche Unmöglichkeit i.d.R. gleichgestellt [447].
§ 1447 ABGB befaßt sich indes mit der Unmöglichkeit der Erfüllung (vgl. S.2); auch bei der Wandlung mag es sich um einen Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit, nämlich der Rückgewähr des Werkes in Natur handeln, aber es liegt keine nachträgliche Unmöglichkeit vor, denn die Rückstellung einer Bauleistung ist entweder möglich oder nicht möglich. Auch das in § 1447 S.3 ABGB Angesprochene trägt für den Wertausgleich nichts bei, denn dort ist lediglich gesagt, daß der Schuldner die für die unmöglich gewordene Leistung erhaltene Gegenleistung zurückzugeben hat. § 1447 S.3 ABGB wäre erfüllt, wenn die Errichtung des Baus überhaupt unmöglich geworden wäre und der Bauherr den Werklohn bereits bezahlt hätte.

Der römischrechtliche Grundsatz pretium succedit in locum rei [448] paßt auch nicht, denn ein stellvertretendes commodum liegt nicht vor; das Bauwerk ist nicht untergegangen, sondern dessen Rückgewähr in Natur ist nicht möglich.
Das RG hätte auf die §§ 417 ff ABGB zurückgreifen müssen. Auch das RG bezeichnet den Ausgleichsanspruch für die Werterhöhung infolge des Baus später als Bereicherung [449].
Im Ergebnis zutreffend weist das RG das OLG an, durch Sachverständige zu klären, "wie groß der Betrag ist, um den sich der Wert des Grundstücks des Klägers dadurch erhöht hat, daß der - allerdings mangelhafte - Bau darauf errichtet worden ist".
Behält der Bauherr das fehlerhafte Werk, so war und ist er zu dessen Nutzung befugt. Die Verurteilung des Bauherrn zu monatlichen Zahlungen durch die Vorderrichter ist daher unhaltbar [450]. Zinsen stehen dem Bauherrn für den bezahlten Werklohn zu, soweit er nicht wegen der Verrechnung mit der Forderung auf Wertausgleich in Geld dem Unternehmer im Ergebnis verbleibt.

---

447) rechtliche Unmöglichkeit, in Österreich juristische Unmöglichkeit genannt; Klang/Adler/Höller § 1447 B II
448) OGH v. 19.7.04 GlUNF 2750; OGH v. 10.11.54 SZ XXVII 286 S.700 (703)
449) aaO S.19
450) von der prozessual zweifelhaften Verurteilung

cc) Ergebnis

Das vorstehend Ausgeführte zeigt, daß im deutschen und österreichischen Recht die Wandlung bei Werkverträgen mit Lieferung von Nebensachen im wesentlichen gleich durchgeführt wird.

5. Die Durchführung der Wandlung bei einigen Vertragstypen, die unter den Werkvertrag fallen

a) Werkverträge über Leistwerke im wesentlichen immaterieller Art unter Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat (jedoch nicht verkörpertes Werk)

aa) Höhere fachmännische Leistungen

aaa) Der Architektenvertrag

Von der österreichischen Rechtsprechung werden Verträge, mit denen einem Architekten der Auftrag zur Herstellung von Bauplänen erteilt wird, als Werkverträge angesehen. Wird zugleich die Bauaufsicht übertragen, "die Verrichtung gewisser Vertretungshandlungen" für den Bauherrn und "die Überwachung des geplanten Projekts bis zur schlüsselfertigen Übergabe ... nach Erteilung der Baugenehmigung", so wird ein Bevollmächtigtenvertrag angenommen [451]. Da im österreichischen Recht der typische Architektenvertrag, der Bauplanung und Bauleitung umfaßt, aus dem Werkvertragsrecht herausfällt, entstehen insoweit nicht die bei der Wandlung des Architektenvertrages nach Baubeginn auftretenden Probleme.

Fortsetzung zu Fußnote 450) von S. 245

Zug um Zug von fälligen Beträgen gegen künftige Leistungen abgesehen; interessant ist, daß das RG die vom OLG angesprochene Verpflichtung des Bauherrn, das Gelände an den Bauunternehmer zu verkaufen, die in § 418 S.3 ABGB eine Stütze finden könnte, mit der Begründung ablehnt, daß § 418 S.3 ABGB nicht anwendbar sei, "da der Bau auf Grund eines Bauvertrages ausgeführt wurde" (aaO S.20). Offenbar entfaltet der Vertrag doch noch gewisse Wirkungen, dies obwohl das RG ausführt, "mit der Wandlung hat der Vertrag rückwirkend zu bestehen aufgehört" (aaO S.19). Richtig ist indes, daß im Fall vorherigen Übereinkommens über die Bauführung § 418 S.3 ABGB nicht anwendbar ist (Klang/Kapfer § 418 Anm. 12 m.w.N.). Das bezieht sich aber auf ein Übereinkommen zwischen dem Eigentümer und dem Bauherrn. Bauführer i.S.d. § 418 S.3 ABGB ist der Bauherr, nicht der Bauunternehmer (Klang mit Nachweisen in Fn. 4) § 418 Anm.1

451) OGH v. 3.3.66 EvBl(ÖJZ) 1966 Nr. 336 (453)
OGH v. 24.2.71 EvBl (ÖJZ) 1971 Nr. 263 (491)
OGH v. 8.5.74 EvBl (ÖJZ) 1974 Nr. 296 (657)

Soweit Werkvertrag angenommen wird, erschöpft sich die Durchführung der Wandlung im wesentlichen in dem Austausch des Geleisteten: Die erstellten Planungen und der bereits gezahlte Werklohn sind zurückzugewähren.

bbb) Der Gutachter- und Auskunftsvertrag

Bei einem schriftlichen Gutachten oder einer schriftlichen Auskunft handelt es sich um eine Leistung an einem geistigen Substrat (Recht, Medizin, Ballistik), das, da es zu Papier gebracht wird, zurückgewährt werden kann. Die Wandlung derartiger Verträge wird auch im österreichischen Recht für zulässig gehalten [452].

ccc) Zahnarztverträge

Verträge über die Anfertigung von Prothesen werden im österreichischen Recht als Werkverträge angesehen, die auch § 1167 ABGB unterliegen.

So hat der OGH in einer Entscheidung vom 26.2.1903 [453] die Wandlung eines Zahnarztvertrages für berechtigt erklärt, weil das Gebiß nicht paßte.

Ein anderes Urteil des OGH [454] befaßt sich mit dem Vertrag zwischen einem Zahnarzt und einer Patientin über die Anfertigung von zwei Goldbrücken im Oberkiefer. Die Brücken wiesen wesentliche Mängel auf, nämlich Lockerungen, die die Gebrauchsfähigkeit der Zahnersatzstücke beeinträchtigten, aber behebbar waren. Im Hinblick auf § 1153 ABGB a.F. sprach der OGH der Patientin das Recht zu, ohne Setzen einer Frist zur Nachbesserung vom Vertrage abzugehen [455].

Zur weiteren Durchführung der Wandlung ist verständlicherweise nichts gesagt, weil die Wandlung i.d.R. gegen die Honorarforderung geltend gemacht wird.

bb) Höhere künstlerische Leistungen

Darunter ist die Herstellung von Bildern und Plastiken zu verstehen, wobei das Material, in dem das Kunstwerk sich verkörpert, lediglich als Arbeitsmittel angesehen wird, die eigentliche Leistung sich in der Ausgestaltung des Kunstwerks zeigt. Gleichwohl ist

---

452) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm. 2 b

453) Zentralblatt 21 (1903) Nr.247 S.471 zu § 1153 ABGB a.F.

454) v.12.4.11 a.F. GlUNF Nr. 5437 S.299 ff zu § 1153 ABGB

455) vgl. auch OGH v.19.6.16 JurBl 1916,537 betr. Anfertigung e. Gebisses, das unbrauchbar war; ebenfalls noch zu § 1153 ABGB a.F.

ein Werkvertrag anzunehmen, wenn der künstlerische Rahmen durch Richtlinien des Bestellers eingeengt, die künstlerische Tätigkeit also in einem vom Besteller bestimmten Erfolg gipfeln muß: Ist das Porträt einer bestimmten Person in Auftrag gegeben, so muß dieses Porträt bei aller Rücksicht auf die künstlerische Freiheit doch den Abzubildenden auch für Aussenstehende erkennbar darstellen. Ist das nicht erreicht, so ist das Werk nach dem subjektiven Fehlerbegriff mangelhaft. Dem Besteller stehen die Gewährleistungsansprüche zu. So hat der OGH in einem Falle geäußert [456], daß bei Unähnlichkeit des nach einer Photografie bestellten Porträts der Besteller zur Wandlung berechtigt sei. In Durchführung der Wandlung sind Bild und etwa gezahlte Vergütung zurückzustellen.

b) Werkverträge über Leistwerke immaterieller Art ohne Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat

Das Problem der Durchführung der Wandlung bei unkörperlichen Werken taucht im österreichischen Recht nicht auf, weil man in diesen Fällen eine Wandlung mit der Begründung für ausgeschlossen hält, daß ein unkörperliches Werk nicht rückgängig und auch nicht nachgebessert werden könne. Der Besteller könne nur unter dem Gesichtspunkt der Minderung die Zahlung verweigern oder Rückzahlung verlangen, und zwar des ganzen Betrages, wenn das Werk völlig unbrauchbar war [457].

6. Ansprüche der Vertragsparteien aus Wandlung außerhalb der Rückgewähr der gegenseitig erbrachten Leistungen.

Insoweit kann auf die Ausführungen beim Kauf verwiesen werden [458].

---

456) v. 2.10.00 GlUNF 1136
457) Klang/Adler/Höller § 1167 Anm. 2 b
458) vgl. oben S. 90 ff; s.a. Ehrenzweig § 375 II a S.520

II. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen im schweizerischen Recht

1. Das Annahmeverweigerungsrecht, seine Wirkungen und seine Durchführung im allgemeinen

Das Annahmeverweigerungsrecht des Art.368 OR, das auch "Heimschlagrecht" oder "Heimschlagung" genannt wird [459], entspricht der Wandlung beim Kauf, Art.206 OR [460], mit der Ausnahme, daß der Besteller Schadenersatz nur bei Verschulden des Unternehmers beanspruchen kann [461]. Weil zur Wirkung und Durchführung des Annahmeverweigerungsrechts im Gesetz nichts gesagt ist, ist auf die Vorschriften zur Wandlung beim Kauf zurückzugreifen, soweit sie sich nicht mit Schadenersatz befassen [462]. Das Annahmeverweigerungsrecht bedeutet sonach die Rückgängigmachung des Werkvertrages entsprechend Art.205 OR. Art.208 OR ist für die Durchführung der Wandlung entsprechend heranzuziehen [463]. Art.208 Abs. 2 und 3 OR verweisen auf die Folgen der vollständigen Entwehrung [464] (Art.195 OR) und damit indirekt auf Art.109 OR, der die Wirkungen bei Nichterfüllung des Vertrages behandelt [465]. Art.195 Abs.1 OR stellt sich als Anwendungsfall der Art.62 ff OR dar. Die Rückgabepflicht bemißt sich nach Art.64 OR [466]. Daraus ergibt sich, daß nach schweizerischem Recht die Wandlung beim Werkvertrag zum ex tunc Wegfall des Vertrages führt [467], wobei allerdings die Rückgewährpflichten wegen ihrer besonderen gesetzlichen Ausgestaltung nicht als Bereicherungsansprüche anzusehen sind [468], sondern allenfalls als auf dem Prinzip des Wegfalls des Grundes beruhende Bereicherungsansprüche, die aber besonders gesetzlich geregelt sind. Aus der Aufhebung des Vertrages (Art.195 OR) ergibt sich, daß die gegenseitigen Vertragspflichten aufgehoben sind [469]. Soweit Leistungen

459) Schlatter S.60; Isler S.92; BK-Gautschi Art.368 Rdnr. 10 a a.E.
460) Guhl § 47 III b S.424; vgl. Koebel S.111
461) Art.368 im Gegensatz zu Art.208 OR;a.A.BK-Gautschi Art.368 Rdnr.11 b; vgl. dazu Schlatter S.60
462) Schlatter S.60
463) für den Normalfall, daß Wandlung des gesamten Vertrages verlangt ist, zur zulässigen teilweisen Annahmeverweigerung vgl. Isler S.95; Art. 209 OR dürfte analog anwendbar sein, Schlatter S.68
464) auch totale Eviktion genannt
465) vgl. Oser/Schönenberger Art. 208 Rdnr.2
466) vgl. Oser/Schönenberger Art. 195 Rdnr.4
467) BK-Gautschi Art.368 Rdnr.10 a; Walter S. 244
468) Walter S. 244
469) Isler S.61 spricht von Leistungsverweigerungsrecht

erbracht wurden, finden sich ähnliche Formulierungen wie bei der Wandlung im Kaufrecht: "Zwischen den Parteien soll der Zustand eintreten, wie wenn nie ein Vertrag bestanden hätte" [470] oder, "wenn der Besteller die Annahme verweigert, soll derjenige Zustand geschaffen werden, der vor Abschluß des Vertrages bestanden hat. Ein jeder soll das zurückerstatten, was er bereits aus dem Vertrage erhalten hat..." [471]. Trotz dieser weitgehenden Formulierung ist dabei wie im deutschen Recht der Zustand vor Erbringung der Leistung angesprochen: Jede Partei erhält das zurück, was sie geleistet hat [472].

Im einzelnen ergibt sich folgendes:

a) Die Verpflichtung des Unternehmers, das fehlerhafte Werk auf eigene Kosten zurückzunehmen

Wegen des entsprechend anwendbaren Art.208 Abs.1 OR, nach dem der Käufer die Sache "zurückgeben" muß, ist nicht klar, ob der Besteller die Wegnahme des Werkes verlangen kann.

Das OG Zürich hatte folgenden Fall zu entscheiden: [473]

Das OG Zürich hatte folgenden Fall zu entscheiden: [473]

Der Unternehmer hatte auf Grund eines Werkvertrages mit dem Besteller auf einem Familiengrab eine beschriftete Grabplatte angebracht, deren Annahme der Besteller wegen schlechten Materials und schlechter Ausführung verweigerte. Die Klage auf Entfernung der Grabplatte wurde abgewiesen.

bestehe in gleicher Weise bei der Wandlung des Werkvertrages gem. Art. 368 Abs.1 OR nur das Recht des Bestellers, die Annahme des mangelhaften Werkes zu verweigern. Daraus folge nicht, daß der Unternehmer auch die Pflicht habe, das abgelieferte Werk wieder wegzunehmen. Vielmehr habe der Unternehmer lediglich die Vergütung zurückzuzahlen und etwaige Verwendungen zu ersetzen. Wenn der Unternehmer aber der Aufforderung zur Wegnahme des Werkes nicht nachkomme, habe er allerdings "die Kosten zu ersetzen, die dem Besteller aus der Beseitigung des Werkes erwachsen". Der Unternehmer könne im Fall der Wandlung nicht gezwungen werden, von seinem Rücknahmerecht Gebrauch zu machen; er könne derelinquieren und brauche nur die Gegenleistung herauszugeben und den Besteller für die

470) Schlatter S.61
471) Isler S.93; ähnlich BK-Gautschi Art.368 Rdnr.10 a
472) Schlatter S.61 ; Isler S.93
473) v.18.1.44 SJZ 40 (1944) 333 Nr.207 "Grabplattenfall"

weiteren Nachteile schadlos zu halten.

Dem steht ein älteres Urteil des BG entgegen [474], dem folgender Sachverhalt zugrundelag:

Die klagende Firma lieferte den Bestellern einen "direkt wirkenden hydraulischen Aufzug für 200 kg Tragkraft und 10,83 m Hubraum" und sicherte absolute Sicherheit des Aufzuges zu. Es traten mehrere Fehler auf, die die Unternehmerin trotz mehrfacher Versuche nicht zu beseitigen vermochte, Als die Hertellerin weitere Änderungen ablehnte, stellten die Besteller "das Werk zur Verfügung". Die Herstellerfirma klagte auf Zahlung der Vergütung in Höhe von 3.300 Franken. Die Besteller beantragten Klagabweisung und widerklagend Verurteilung der Herstellerin, den Aufzug zurückzunehmen, den Schacht abzuschließen und die Auslagen für den Röhrenschacht in Höhe von etwa 1.100 Franken zu ersetzen, und zwar unter Berufung auf Art.358 OR a.F. [475].

Das Urteil der ersten Instanz lautete:

"Die Klage ist abgewiesen.

Die Klägerin wird als Widerbeklagte verurteilt:

1. Auf eigene Kosten den der Beklagten und Widerklägerin gelieferten hydraulischen Aufzug zurückzunehmen
2. Den für den Aufzug hergestellten Schacht abzuschliessen.
3. Der Beklagten und Widerklägerin 1.101 Fr. 59 Cts. zu bezahlen."

Sowohl das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt als auch das BG bestätigten dieses Urteil.

Das BG hält die Herstellerfirma - nach Prüfung des Art.358 Abs. 3 OR a.F. [476] - zur Rücknahme des Werkes für verpflichtet, wohingegen es die Verpflichtung zur Abschließung des Schachtes und Erstattung der Auslagen für den Röhrenschacht aus Schadenersatz für gegeben hält. Das BG geht ganz selbstverständlich davon aus, daß eine Rücknahmepflicht des Unternehmers besteht, wenn gewandelt wird, ohne das zu begründen.

In der Literatur findet sich dazu so gut wie nichts [477]. Der Ansicht des BG ist trotz des Worlauts des Art. 208 OR zu folgen, weil durch die Wandlung nach einhelliger Meinung [478] der Zustand vor der Leistung wiederherzustellen ist. Zwar wird im Ergebnis der Zustand vor der Leistung auch dann erreicht, wenn der Besteller einen anderen Unternehmer mit der Entfernung des Werkes beauftragt und

474) v.22.9.94 BGE 20 Nr.102 S.641 ff "Hydraulischer Aufzug"

475) identisch mit Art.368 n.F.

476) = Art.368 Abs.3 OR, was deswegen erforderlich war, weil es ein Werk auf dem Grund und Boden des Bestellers war, vgl. dazu unten S. 256 ff

477) Dürr S.69 zitiert den "Grabplattenfall" (Fn.473) zustimmend; ebenso BK-Gautschi Art.368 Rdnr.11 c wenn auch kritisch

478) vgl. oben S. 250

die dafür erforderlichen Kosten vom Wandlungsgegner verlangt. Aber abgesehen davon, daß die Anspruchsgrundlage für den Kostenerstattungsanspruch unklar bleibt - Gautschi [479] bietet gleich drei Möglichkeiten zur Auswahl: Art. 208 Abs.2 OR, entweder Verwendungs- oder Schadenersatz, sowie Art.366 Abs.2 OR analog - , ist die Wiederherstellung des Zustandes vor der Leistung im Streitfalle nur durch Einschaltung Dritter möglich, obwohl beide Parteien untereinander zur Rückgängigmachung des Werkvertrages verpflichtet sind. "Zurückgeben" im Sinne des Art.208 OR ist im Sinne des Zurverfügungstellens zu verstehen und der Unternehmer als zur Wegnahme des fehlerhaften Werkes verpflichtet anzusehen. Kommt der Unternehmer der Wegnahmepflicht nicht nach, so hat der Besteller die Rechte aus Art. 98 OR, der entsprechend anwendbar ist.

Der hier vertretenen Ansicht entspricht eine Entscheidung des Appellationshofes Freiburg vom 20.10.1958 [480], in der es allerdings ohne Begründung zur Wandlung eines Zahnarztvertrages heißt, daß der Zahnarzt "pflichtig" sei, eine fehlerhaft angefertigte Prothese "zurückzunehmen".

Nach alledem ist der Werkunternehmer verpflichtet, im Falle der Annahmeverweigerung das fehlerhafte Werk auf seine Kosten zurückzunehmen.

b) Die Pflichten des Bestellers hinsichtlich der Werkleistung

Als Spiegelbild des unter a Ausgeführten ergibt sich für den Besteller, daß er das Werk dem Unternehmer zur Verfügung zu stellen hat [481] und, falls es in sein Eigentum übergegangen war, zurückzuübereignen hat.

c) Die Verpflichtung des Unternehmers zur Rückzahlung des Werklohnes

Der Unternehmer hat den gesamten etwa bereits gezahlten Werklohn nebst Zinsen (Art.208 Abs. 2 1.Hs OR) zurückzuerstatten.

2. Die Durchführung der Wandlung bei Werklieferungen, die unter den Werkvertrag fallen.

Zwar kennt das OR die Mischform Werklieferungsvertrag nicht, die Lieferung des Stoffes wird aber auch im Titel Werkvertrag (Art. 363 ff OR) berücksichtigt,

---

479) BK Art. 368 Rdnr.11 c
480) SJZ 56 (1960) Nr. 69 S.144
481) vgl. BK-Gautschi Art. 368 Rdnr. 11 a a.E.

Art. 365 Abs. 1 OR. Das zeigt bereits, daß das schweizerische Recht unter den Begriff Werkvertrag auch die Lieferung des Hauptgegenstandes durch den Unternehmer bringt und nicht nur die Stellung von Zutaten [482]. Allerdings muß die Arbeit, also die Herstellung des Werkes im Vordergrund stehen, während die Stellung des Stoffes in den Hintergrund tritt [483]. Auch können individuelle Wünsche des Bestellers zur Annahme eines Werkvertrages führen [484]. Den Werklieferungsvertrag [485] i.e.S. unterstellt das schweizerische Recht demnach dem Werkvertragsrecht.

Bei Werkverträgen dieser Art ist die Durchführung der Wandlung wie beim Kauf möglich. Der Hersteller erhält das Werk zurück und hat den etwa bezahlten Werklohn zurückzuzahlen [486].

3. Die Durchführung der Wandlung bei Werkverträgen über Leistungen an bestellereigenen Stoffen

Es ist auch für das schweizerische Recht anerkannt, daß Wandlung verlangt werden kann, wenn der Besteller den Stoff geliefert hat [487]. Art.368 Abs.3 OR, der die Wandlung bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers erstellt sind, i.d.R. ausschließt, kann nicht auf den Werkvertrag i.e.S. übertragen werden. Zwar wird das Grundstück des Bestellers vielfach als Hauptstoff angesehen und beim Werkvertrag i.e.S. liefert der Besteller ebenfalls den Hauptstoff, doch ist Art.368 Abs.3 OR als Ausnahmevorschrift eng auszulegen. Das Werk, zu dem der Besteller den Stoff geliefert hat, ist also nicht dem Werk auf bestellereigenem Grund gleichzustellen [488].

---

482) Becker Art.365 Rdnr.1; BK-Gautschi Art.361 Rdnr.1
483) Oser/Schönenberger Art. 363 Rdnr.20
484) Oser/Schönenberger Art. 362 Rdnr.20
485) dieser Ausdruck wird in Anlehnung an § 651 BGB in der schweiz.Lit.verwendet, vgl. nur BK-Gautschi Art.365 Rdnr.2 a
486) vgl. aus der spärlichen Rechtsprechung zur Wandlung von Verträgen über Werklieferungen: BG v. 28.9.00 BGE 26 II Nr.73 S.579 ff betr. anzufertigenden u. zu liefernden "schmiedeeisernen Wellenbock";
KG Waadt v. 19.9.23 SJZ 20 (1923/24), 149 betr. zu eng geratenen "Maßanzug";
OG Zürich v. 10.2.37 BlZR 1938 Nr.54 S.98 betr.nach bestimmtem Muster anzufertigendes "Herrenzimmer";
Handelsgericht Bern v.20.10.16 ZBJV 53 (1917) S.34 ff betr. Anfertigung einer Modezeitschrift "Modezauber"
487) Dürr S. 82
488) Oser/Schönenberger Art. 368 Rdnr. 15 S.1404 oben; Dürr S. 73

Die Durchführung der Wandlung soll nach Dürr [489] so aussehen, daß das Werk mitsamt dem Stoff an den Unternehmer heimgeschlagen werde, wohingegen der Unternehmer den Stoff ersetzen und den bereits gezahlten Werklohn zurückerstatten müsse. Diese Ansicht läßt sich nur dann halten, wenn man der Auffassung folgt, daß der Unternehmer Eigentümer des hergestellten Werkes wird, wenn der Besteller den Stoff für die Herstellung eines beweglichen Werkes liefert. Das ist, wendet man Art. 726 ZGB an, dann der Fall, wenn man den Unternehmer als gutgläubigen Verarbeiter ansieht und die Arbeit wertvoller ist als der Stoff [490]. Das hätte zur Folge, daß der Besteller für seinen Stoff entschädigt werden müßte (Art.272 ZGB). Die Anwendung des Art.726 ZGB dürfte jedoch nicht dem Parteiwillen entsprechen. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Besteller des Werkes Eigentümer des Stoffes bleibt, Art. 726 ZGB insoweit also nicht anwendbar ist [491]. Der Besteller erhält also seinen fehlerhaft bearbeiteten Stoff zurück.

Ein Ersatzanspruch des Bestellers wegen des durch das mangelhafte Werk beschädigten oder gar wertlos gewordenen Stoffes ist nicht gegeben, es sei denn, es liegt ein Verschulden des Unternehmers vor [492]. Weist der Stoff infolge der Bearbeitung einen Wert auf, so hat der Besteller gem. Art.208 Abs. 2 OG analog entsprechend dem Grundsatz, daß der Rückgewährpflichtige aus der Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur keinen Nutzen ziehen darf [492a], den Vorteil, den er durch eine in Natur nicht zurückgewährbare Leistung des Unternehmers gezogen hat, nach Bereicherungsrecht zu vergüten. Erwähnt sei eine Entscheidung des Kantonsgerichts Waadt [493], der folgender Sachver-

---

489) Dürr S. 73,82 mit Beispiel Stickerei am vom Besteller gestellten Stoff
490) so BK-Gautschi Art. 363-379 Rdnr.22
491) richtig Schlatter S.12,61; Walter S.249
492) Walter S.251
492a) Becker Art.109 Rdnr.2; BG v. 27.5.31 BGE 57 II Nr.49 S.315 (323)
493) (Vaud) v. 13.1.13 SJZ 9 (1912/13) Nr. 382 S.304 "Trauerkleidfall"

halt zugrunde lag:
Es war ein Trauerkleid geschuldet, das aus Samt (velour, velvet) angefertigt wurde, der von der Kundin gestellt wurde. Das Kleid war fehlerhaft. Im Hinblick auf Art.368 Abs.1 2.Alt. OR wurde die Wandlung zugesprochen. Zur Durchführung ist nichts gesagt.

Nach dem Vorstehenden führt die Wandlung dazu, daß die Bestellerin keinen Werklohn zahlt, den Stoff, ggf. nach Rücknahme der Zutaten durch den Schneider, zurückerhält.

4. Die Rückgewährpflichten bei der Wandlung von Werkverträgen über Werke bestehend aus Arbeit mit Zutaten an bestellereigenen Stoffen

Auch im schweizerischen Recht ist bei der Frage der Durchführung der Wandlung von Werkverträgen über Werke mit Verwendung von Zutaten des Unternehmers von der Unterscheidung auszugehen, ob die Zutaten abtrennbar sind oder nicht. Denn abgesehen von Art.368 Abs.3 OR, der unter bestimmten Voraussetzungen die Wandlung bei Werken auf bestellereigenem Boden ausschließt [494], wird die Wandlung im schweizerischen Recht nicht davon abhängig gemacht, ob die Rückgabe des Werkes in Natur möglich ist.

a) bei Abtrennbarkeit der Zutaten

Kann die Abtrennung ohne Schaden erfolgen, so erhält der Unternehmer die Zutaten zurück [495], d.h. der Werkstoff ist dem Werkunternehmer zur Wegnahme seines Werkes in Form der Zutaten zur Verfügung zu stellen. Eine Vergütung erhält der Unternehmer nicht.

b) bei Untrennbarkeit der Zutaten

Sind Haupt - und Nebenstoff derart miteinander verbunden, daß sie nicht ohne Schaden von einander getrennt werden können, so ist die Rückgabe des Werkes in Form der Zutaten unmöglich und muß auf andere Weise erfolgen, weil die Zutaten das rechtliche Schicksal des Hauptstoffes teilen, Art.727 ZGB, und somit bei der Wandlung dem Eigentümer des Hauptstoffes, dem Besteller verbleiben [496]. Dann hat der Unternehmer nach Art.727 Abs.3 ZGB einen Bereicherungsanspruch gegen den Besteller [497].

---

494) vgl. unten S. 256 ff
495) vgl. insoweit Walter S.245
496) der Besteller bleibt Eigentümer des Stoffes; Art.726 ZGB gilt insoweit nicht, vgl. oben S. 254 m.N. in Fn.491
497) vgl. Walter S.249; Tuor 6.Aufl. S.19,527 f; Tuor/Schnyder 8.Aufl.S.19,544 f nur noch incidenter

c) Die Behandlung der Bauverträge (Art.368 Abs.3 OR)

Auch im schweizerischen Recht ist der Vertrag über die Erstellung eines Hauses auf bestellereigenem Boden ein Werkvertrag [498]. Das wird i.d.R. damit begründet, daß das Werk Bestandteil des Grund und Bodens wird und damit in das Eigentum des Bestellers fällt [499], ergibt sich aber bereits aus Art.368 Abs. 3 OR.

aa) Die Auslegung des Art.368 Abs.3 OR

aaa) Die Unzulässigkeit der Wandlung

Nach Art.368 Abs.3 OR stehen dem Besteller bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und "ihrer Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen entfernt werden können" nur Nachbesserung, Minderung und Schadenersatz zu. Im Gegensatz zum deutschen und österreichischen Recht hat der schweizerische Gesetzgeben die Schwierigkeiten bei der Wandlung des Bauvertrages erkannt, "es kann nämlich nicht wie sonst jeder Teil das seine zurücknehmen oder behalten, da es sich um Bauten auf Grund und Boden des Bestellers handelt, die sein Eigentum geworden sind (Art.671 ZGB)" [500], und die Wandlung auf den Fall beschränkt, in dem die Entfernung des Werkes seiner Natur nach für den Unternehmer nicht mit unverhältnismäßigen Nachteilen verbunden ist. [501] Bei der Beantwortung der Frage, was als unverhältnismäßige Nachteile anzusehen ist, sind im Hinblick auf Art.368 Abs.1 OR, in dem das Wandlungsrecht nicht nur im Falle der Unbrauchbarkeit des Werkes, sondern auch dann gewährt wird, wenn dem Besteller die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen [502]. Nach Schlatter [503] ist die Wandlung infolgedessen dann ausgeschlossen, wenn die Entfernung des Werkes dem Unternehmer so viele Nachteile verursacht, daß der Vorteil des Bestellers, das

---

498) BG v.23.12.64 BGE 90 IV Nr.52 S.246(249) "Teerung des Hofplatzes" zu Art.229 StGB;BK-Gautschi Art.363 Rdnr.1 d; anders bei Übereignung des Bauplatzes samt aufstehendem noch zu errichtenden Gebäude: Appellationshof des Kantons Bern v.14.11.55 SJZ 52(1956) Nr.140 S.297, Werkvertrag mit Nebenabrede, das Land zu Eigentum zu übertragen; BG v.7.12.89 BGE 15 Nr. 114 S.836 (840), Kauf

499) Meyer-Wild SJZ 15 (1918/19) 163 (165);

500) Vanoli S.52, allerdings zu Art.373 Abs.2 OR

501) Becker Art.368 Rdnr.7; Schlatter S.62

502) so im Ergebnis die in Fn.501 Genannten

503) aaO S.62

Werk beseitigt zu haben, in einem unvernünftigen Mißverhältnis dazu steht. Es kommt auf den Wert des mit dem Boden verbundenen Werkes und den Wert nach der Trennung an [504]. Dem entspricht es, wenn Klauser [505] ausführt, daß bei demontierbaren Werken die Wandlung nicht ausgeschlossen sei. Nach ihm kann die Wandlung überdies stets verlangt werden, wenn von dem mangelhaften Werk Gefahren ausgehen (Einsturz u.ä.) und diese nicht durch verhältnismäßige Schutzmaßnahmen zu beheben sind. Damit wird wie im deutschen Recht auf die Verhinderung der Zerstörung wirtschaftlicher Werte abgestellt, nur mit dem Unterschied, daß im schweizerischen Recht bereits die Wandlung als solche ausgeschlossen ist, während im deutschen Recht aus diesen Erwägungen die Durchführung der Wandlung in Natur durch einen Wertausgleich ersetzt wird.

In dem Fall "Hydraulischer Aufzug" hält das BG [506] die Wandlung nicht für eine übermäßige Härte, weil nicht nur das Werk für den beabsichtigten Gebrauch untauglich, sondern wegen der Gefährlichkeit des Betriebes des Aufzugs für das ihn bedienende und mit ihm arbeitende Personal überhaupt nicht verwendbar war, so daß die "Einbuße" des Unternehmers wegen des beträchtlichen Abzuges von der Vergütung im Wege der Minderung, von einem Schadenersatzanspruch abgesehen, "ungefähr ebenso erheblich wäre, wie wenn" der Unternehmer "zur Rücknahme des Werkes verpflichtet wird". Die Nachteile sind nach Ansicht des BG auch dann nicht unverhältnismäßig, wenn der Aufzug nach der Rücknahme "nur noch als altes Eisen verwertet werden kann" [507]. Geht man von dem Wortlaut des Art.368 Abs.3 OR aus, so ist festzuhalten, daß mit dem Ausdruck "ihrer Natur nach" das Gesetz offenbar ein

---

504) Dürr S.82; Oser/Schönenberger Art.368 Rdnr.15, beide unter Berufung auf den Fall "Hydraulischer Aufzug" BG v. 22.9.94 BGE 20 Nr.102 S.641 (646): "Von unverhältnismäßigen Nachteilen könnte gesprochen werden, wenn der Schaden, den der Unternehmer durch die Wegnahme erleiden würde, in offenbarem Mißverhältnis stünde zu dem dem Besteller zu vergütenden Interesse an der vertragsmäßigen Ausführung des Werkes"

505) S.111

506) S.646

507) S.646 a.E.; vgl. auch das Beispiel bei Becker Art.368 Rdnr.7

objektives Kriterium aufstellen will [508]: Es soll auf die Art des Werkes abgestellt werden. Bauten in herkömmlicher Bauweise können "ihrer Natur" nach objektiv gesehen nicht wieder entfernt werden, ohne daß dem Bauunternehmer unverhältnismäßige Nachteile entstehen, weil i.d.R. nur in ihrem Wert verminderte Materialien zurückerhält. Das kann bei Fertigbauten und Einbauten anders sein, denn in diesen Fällen können die Einzelteile noch verwertet werden und sind meist unschwer zu entfernen. In dem Wort unverhältnismäßig steckt ein gewisser Spielraum, mit dem die Fälle besonderer Gefährlichkeit des Werkes abgedeckt werden können, will man nicht auf Art. 368 Abs.1 OR zurückgreifen und die Wandlung unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der Annahme zugestehen. Letztlich findet eine Interessenabwägung statt dahingehend, ob dem Besteller das Behalten des Werkes auf seinem Grund und Boden zugemutet werden kann oder ob man dem Unternehmer auch unter Berücksichtigung des Aufwandes der Beseitigung und dessen, was er von seinem Werk zurückerhält, die Verpflichtung zur Entfernung des Werkes aufbürden soll, kurz, es wird geprüft, ob die Umstände die Rückgängigmachung des Werkvertrages i.S.d. Art.368 Abs.3 OR rechtfertigen [509].

bbb) Der Anwendungsbereich des Art.368 Abs.3 OR

Unter Art.368 Abs.3 OR fallen i.d.R. Bauwerke [510], aber auch Teilbauten, Teilwerke an einem Bauwerk, wie Mauern eines Bauwerks [511], Steinhauerarbeiten an einem Neubau [512] sowie Gräben, in den Boden verlegte Leitungen, Straßenbeläge [513]. Art.368 Abs.3 OR liegt regelmäßig nicht vor bei fest montierten, aber demontierbaren Maschinen und Bauteilen, die relativ leicht ersetzbar sind, wie Fenster, Türen, Rolläden, Heizkörper, Kochherde, Kühlschränke, Waschmaschinen, auch wenn sie mit

508) Schlatter S.62; Bezzola S.39
509) BK-Gautschi Art.368 Rdnr. 13 a
510) Guhl § 47 III b S.424
511) BK-Gautschi Art.368 Rdnr. 13 a
512) Becker Art.363 Rdnr.5
513) BK-Gautschi Art.368 Rdnr. 13 a; vgl. Cour de Justice Genève v. 17.1.19 SJZ 15 (1918/19) Nr.198 S.297: "une construction faite dans un immeuble et adhèrent à cet immeuble doit être considereé comme une construction immobilière" zu Art. 371 Abs. 2 OR

dem Boden oder dem Mauerwerk eines Gebäudes mehr oder weniger verbunden sind und sachenrechtlich "Zubehör" oder sogar Bestandteile bilden [514]. Das Handelsgericht Zürich beschäftigt sich in einem Urteil vom 10.6.1937[515] mit einem Werkvertrag über den Bau einer Heizungsanlage in einem Haus. Das Gericht spricht der Hauseigentümerin grundsätzlich das Recht zu, die Annahme zu verweigern, führt dann aber aus, daß "abgesehen davon, daß es sich um ein mit einem Gebäude festverbundenes Werk handelt", womit Art.368 Abs.3 OR angesprochen ist, die Mängel mindererheblich i.S.d. Art.368 Abs.2 OR seien und somit eine Rückweisung des Werkes nicht infrage komme. Was die zu Art. 368 Abs.3 OR vertretene Ansicht anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, daß es auf die Festigkeit der Verbindung nicht ankommt, sondern lediglich darauf, ob die Entfernung der Heizungsanlage mit unverhältnismäßigen Nachteilen verbunden ist, wofür allerdings die feste Verbindung ein Indiz sein kann, weil derartige Verbindungen i.d.R. nicht leicht zu lösen sind, was aber bei Heizungsanlagen, von den verlegten Rohren einmal abgesehen,meist nicht der Fall ist.

bb) Minderung und Schadenersatz bei Verträgen i.S.d. Art.368 Abs.3 OR

Fällt ein Vertrag unter Art.368 Abs.3 OR, muß der Besteller das Werk behalten und hat lediglich einen Minderungsanspruch, der allerdings dazu führen kann, daß der Unternehmer gar keine Vergütung erhält. Außerdem steht ihm im Falle des Verschuldens ein Schadenersatzanspruch zu. Er hat auch einen Nachbesserungsanspruch. Sind die Mängel behebbar und weigert sich der Baumeister, die Mängelbeseitigung vorzunehmen, so kann der Besteller Schadenersatz nach Art.368 Abs. 2 OR verlangen [516].

---

514) BK-Gautschi Art.368 Rdnr.13 a S.339 f; soweit Tapeten und Farbanstriche aufgeführt sind, so mögen diese Werke nicht unter Art.368 Abs.3OR fallen; abtrennbar sind sie aber nicht mit der Folge daß, falls der Stoff des Bestellers durch die Bearbeitung eine Wertsteigerung erfahren hat, dieser Wert in Geld analog Art.208 Abs.2 OR oder gemäß Art.727 Abs.3 ZGB auszugleichen ist.

515) BlZR 37 (1938) Nr.95 S.198

516) Genf v. 17.1.19 SJZ 15 (1918/19) Nr. 198 S.297

5. Die Durchführung der Wandlung bei einigen Vertragstypen, die unter den Werkvertrag fallen

a) Werkverträge über Leistwerke im wesentlichen immaterieller Art unter Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat

aa) Höhere fachmännische Leistungen

aaa) Der Architektenvertrag

Nachdem lange Zeit die rechtliche Einordnung des Architektenvertrages umstritten war [517], hat das BG in einer Entscheidung vom 3.10.1972 [518] den Architektenvertrag "vorbehaltlos" den Bestimmungen des Auftrags unterstellt. Damit dürfte das Problem der Durchführung der Wandlung bei Architektenverträgen in der Schweiz wenigstens in der Praxis nicht mehr auftauchen.

Daß die Wandlung von Architektenverträgen auch in der Schweiz vorgekommen ist, zeigt ein Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 20.6.1947 [518a]:

Das Gericht wies die Honorarklage eines Architekten, der von einem Bauinteressenten einen Projektierungsauftrag mit im voraus limitierter Bausumme ausführte, diese Summe jedoch bei Ausarbeitung der Pläne wesentlich überschritt, gestützt auf Art.368 OR ab, weil die Pläne für den Besteller unbrauchbar waren und ihm daher die Abnahme billigerweise nicht zugemutet werden könne. Auch im schweizerischen Recht kann die Wandlung einredeweise geltend gemacht werden [518b].

Erwähnt sei ein Urteil der Cour d'appel Fribourg vom 4.3.1969 [518c]:

Unter Hinweis auf Art.368 OR wies das Gericht die Honorarklage eines Architekten ab, der beauftragt war, Pläne für eine Villa vorzulegen, die 80 - 100.000 sfr kosten sollte.

---

517) wie im deutschen Recht wurde jedenfalls für den Fall, daß der Architekt nur mit der Herstellung von Plänen oder Berechnungen beauftragt war, Werkvertrag angenommen (Dürr S.15 m.N.; Reber S. 289; Oser/Schönenberger Art.368 Rdnr.19; Becker Art. 363 Rdnr.5; Nachweise aus der Rechtsprechung s. BK-Gautschi Vorbem. zu Art.368 Rdnr.11; a.A. Gautschi aaO u. Kantonsgericht Wallis v. 4.5.71 SJZ 71 (1975) Nr.10 S.12, die Auftrag annehmen). Dagegen wurde der Architektenvertrag im üblichen Sinne (Planung und Bauleitung) dem Auftragsrecht unterstellt (vgl. die Genannten u. Kantonsgericht Graubünden v. 13./14.6.56 SJZ 53 (1957) Nr. 137 S.307)

518) BGE 98 II Nr. 45 S.305 ff, zustimmend Gautschi SJZ 70 (1974)21 ff; ablehnend Jäggi SJZ 69(1973) 301 ff

518a) SJZ 44 (1948) Nr. 107 S.310 f

518b) vgl. BK-Gautschi Art. 371 Rdnr. 8a

518c) SJZ 67 (1971) Nr. 49 S. 112

Er erstellte Pläne, die einen Aufwand von wenigstens 150.000 sfr erforderlich machten.

Die Wandlung wird beim Architektenvertrag über Pläne und Berechnungen so durchgeführt, daß der Besteller die Pläne usw. zur Verfügung stellt, von seiner Honorarzahlungspflicht befreit ist und bereits gezahltes Honorar vom Architekten zurückzuzahlen ist.

bbb) Der Gutachter- und Auskunftsvertrag

Diese Verträge werden häufig nicht als Werkverträge qualifiziert, weil ein Gutachten nicht geliefert, sondern erstattet werde [519], dagegen entscheidet die Rechtsprechung mitunter anders [520]. Die Durchführung der Wandlung erschöpft sich in dem Austausch der schriftlichen Unterlagen, in der die geistige Leistung verkörpert ist, mit dem etwa bereits gezahlten Honorar.

ccc) Zahnarztverträge

Während das Vertragsverhältnis zwischen Zahnarzt und Patient, auch soweit die Anfertigung von Prothesen geschuldet wird, von der Lehre zunehmend als Auftrag angesehen wird [521], findet sich in der Rechtsprechung [522] durchaus die Auffassung, daß die Anfertigung von Prothesen sich nach den Regeln des Werkvertrages beurteile.

In Durchführung der Wandlung ist, wie der Appellationshof Freiburg [523] zutreffend ausführt, der Zahnarzt verpflichtet, eine fehlerhaft angefertigte Zahnprothese zurückzunehmen. Das von dem Patienten etwa bereits gezahlte Honorar hat er zurückzuzahlen.

bb) Höhere künstlerische Leistungen

Darunter ist die Herstellung von Kunstwerken zu verstehen, die in dem Material (Farbe und Leinwand, Gips, Stein, Holz usw.) verkörpert sind. Die eigentliche Leistung zeigt sich jedoch in der Ausgestaltung des Kunstwerks. Es handelt sich dabei um Werkverträge [524]. Das Appellationsgericht Tessin [525] behandelt die ge-

---

519) BK-Gautschi Vorbem.zu Art.363-379 Rdnr.5

520) OG Zürich v.19.10.51 BlZR 54 (1955) Nr.183 S.370 betr. Erstattung eines ärztlichen Gutachtens

521) BK-Gautschi aaO Rdnr.6; a.A. Dürr S.12

522) App.H.Freiburg v.20.10.58 SJZ 56(1960)Nr.69 S.144

523) wie Fn.522; vgl. auch oben S. 252

524) Oser/Schönenberger Art.363 Rdnr.2; vgl.OG Zürich v.27.4.64 BlZR 63 (1964) Nr.134 S.331 f betr. Anfertigung eines Drehbuches für einen Film;

525) v. 11.7.33 SJZ 30 (1933/34) Nr.168 S.218

forderte Heimschlagung einer Statue, die der Bildhauer von einer natürlichen Person angefertigt hatte und nicht in allen Einzelheiten dem Darzustellenden entsprach. Das Gericht stellt sich zutreffend auf den Standpunkt, daß der Künstler nicht gehalten sei, sich unbedingt genau an die Körperformen des Dargestellten zu halten, sondern bis zu einem gewissen Grad seine künstlerische Auffassung zum Ausdruck bringen dürfe und lehnt deshalb die Wandlung ab.

b) Werkverträge über Leistwerke immaterieller Art ohne Verknüpfung mit einem materiellen Arbeitssubstrat

Genannt sei hier nur der Vorstellungsbesuchsvertrag in allen seinen Variationen, der von der Rechtsprechung als Werkvertrag aufgefaßt wird [526]. Die Wandlung eines solchen Vertrages, die grundsätzlich zulässig ist [527], läßt sich nicht durch Rückgabe in Natur durchführen, der Besucher hat die Veranstaltung genossen. Daher ist in Anwendung des bereits genannten Grundsatzes der Vorteilsausgleichung bei Unmöglichkeit der Rückgewähr, der Besucher verpflichtet, falls die Vorstellung überhaupt von Wert war, eben diesen Wert als Ausgleich zu zahlen.

c) Mischformen

Erwähnt sei nur der Inseratvertrag, der als Werkvertrag aufgefaßt wird [528]. Die Wandlung ist zulässig [529]. Die Wandlung ist, falls die Ermöglichung der Kenntnisnahme noch einen objektiven Wert aufwies, durch Wertausgleich durchzuführen.

---

526) BG v. 24.10.44 BGE 70 II Nr.38 S.218 betr. Bundesfeierveranstaltung mit Feuerwerk im Kursaal Schanzli zu Bern; BG v. 10.3.53 BGE 79 II Nr.11 S.64 (69 Erw.1) betr.Veranstaltung eines entgeltl. Eishockeyspiels; OG Zürich v. 8.7.55 BlZR 56 (1957) Nr.101 S.201 betr. Veranstaltung eines entgeltl. Bobrennens; ebenso Dürr S.13 m.w.N.

527) das BG verweist in BGE 70 II Nr.38 S.218 ausdrücklich auf die Art.363 ff

528) Dürr S.12 f; BK-Gautschi Vorbem.zu Art.363-379 Rdnr.6 a.E.; BG v. 5.7.33 BGE 59 IINr.42 S.260 ff; Bezirksgericht Zürich v. 30.10.51 SJZ 48 (1952) Nr. 55 S.160 m.w.N.

529) Auer S.35

6. Ansprüche der Vertragsparteien aus Wandlung außerhalb der Rückgewähr der gegenseitig erbrachten Leistungen

Was die Herausgabe der Nutzungen und den Ersatz von Verwendungen anbelangt, kann auf die Ausführungen beim Kauf verwiesen werden [530].

Im übrigen ist zu beachten, daß Schadenersatz nur bei Verschulden des Unternehmers verlangt werden kann (Art. 368 Abs.1 letzter HS im Gegensatz zu Art. 208 Abs.2 OR).

C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Betrachtung

Die Wandlung wird, jedenfalls was die Verpflichtung zur Rückführung der erbrachten Leistungen anbelangt, bei den Nebenansprüchen aus Wandlung ergeben sich Unterschiede, die ihre Ursache in der verschiedenen gesetzgeberischen Ausgestaltung haben, im Ergebnis in allen drei Rechten gleich behandelt:

Ist die erbrachte Werkleistung am bestellereigenen Stoff, sei sie nun mit oder ohne Verwendung von vom Unternehmer gestellten Nebensachen erbracht, nicht in Natur zurücknehmbar, weil sie unabtrennbar ist, so findet ein Wertausgleich statt: Der Unternehmer erhält einen Ausgleich in Geld für die am Stoff des Bestellers durch seine - wenn auch fehlerhafte - Werkleistung erfolgte objektive Wertsteigerung, wohingegen der Besteller den Stoff samt Werk behalten muß, allerdings die vertraglich vereinbarte Vergütung nicht zu zahlen hat. Während im deutschen Recht der Wertausgleich im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses in Anwendung des § 346 S.2 BGB erfolgt, ist im österreichischen und schweizerischen Recht Bereicherungsrecht anzuwenden.

Bei Bauverträgen sorgt Art. 368 Abs.3 OR dafür, daß wirtschaftliche Werte nicht ohne zwingenden Grund zerstört werden. Das deutsche und das österreichische Recht erzielen auf einem anderen Weg im wesentlichen dasselbe Ergebnis: Sie lassen zwar die Wandlung zu,

---

530) vgl. oben S. 94

aber aus wirtschaftlichen Erwägungen wird die Wandlung nicht in Natur durch Abbruch des Baus durchgeführt: vielmehr muß der Bauherr das fehlerhafte Bauwerk behalten und den objektiven Wertzuwachs in Geld ausgleichen. Lediglich in den Fällen, in denen die fehlerhafte Bauleistung zu einer Wertsteigerung des Grundstücks nicht geführt hat, ist der Unternehmer verpflichtet, das fehlerhafte Bauwerk abzubrechen, weil dann von einer Zerstörung wirtschaftlicher Werte nicht mehr gesprochen werden kann, der Unternehmer durch den Abbruch immerhin seine Baumaterialien zurückgewinnt, von denen jedenfalls ein Teil einer anderweitigen Verwendung zugeführt werden kann. Dem entspricht es, wenn Art. 368 Abs.3 OR letztlich auf die Zumutbarkeit abstellt, wenn er darauf abstellt, ob die Werke "ihrer Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen entfernt werden können", ohne dabei einseitig auf die Nachteile für den Bauherrn oder den Bauunternehmer abzustellen. Ist das Werk gar nichts wert, so sind die Nachteile für den Bauherrn unverhältnismäßig, wenn er das völlig unbrauchbare Werk behalten und selbst für seine Beseitigung sorgen muß, was zur Folge hat, daß in diesem Fall die Annahme des Werkes mit Erfolg verweigert werden kann.
Art. 368 Abs.3 OR bestätigt in eindeutiger Weise die für die Wandlung des Bauvertrages im deutschen Recht gefundenen Lösungen.

6. Abschnitt

Die Durchführung der Wandlung bei gemischten Verträgen

I. Der Kauf mit (werkvertraglichen) Nebenpflichten

Hat der Verkäufer die Kaufsache auf Grund einer vertraglichen Nebenpflicht zum Käufer transportiert, dort aufgestellt, standfest gemacht, etwa an das Versorgungsnetz angeschlossen oder gar, ohne daß dadurch sich der Charakter des Vertrages änderte, in die Wand oder in den Erdboden eingelassen, so fragt sich, ob der Verkäufer im Falle der Wandlung des Kaufvertrages wegen Fehlerhaftigkeit der Kaufsache diese auf eigene Kosten zurücknehmen muß. Das ist nach dem oben Gesagten [1] nur zu bejahen. Im einzelnen ist folgendes auszuführen:

1. Die Verpflichtung des Käufers

Der Käufer hat die mangelhafte Kaufsache nach den §§ 462, 465, 467 i.V.m. § 346 S.1 BGB "zurückzugewähren", d.h. dem Verkäufer die Möglichkeit zur Wegnahme der Sache zu geben.

2. Die Verpflichtung des Verkäufers

Gerade bei Verträgen mit Nebenpflichten zeigt sich der Wert der Umwandlungslehre: Kehren sich die Leistungspflichten um in ihr Gegenteil, weil das auf Erfüllung gerichtete Schuldverhältnis sich auf Grund der Wandlung in ein Abwicklungsverhältnis umwandelt, so ergibt sich daraus, daß der Verkäufer, war er verpflichtet, die Kaufsache zum Verkäufer zu transportieren, dort aufzustellen, standfest zu machen, etwa an das Versorgungsnetz anzuschliessen, in die Wand oder das Erdreich einzulassen, verpflichtet ist, die fehlerhafte Sache aus dem Erdreich, der Wand herauszunehmen, von dem Versorgungsnetz zu lösen und wegzuschaffen. Der Käufer hat auf Grund seiner Rückgewährpflicht diese "Rückleistung" nur insoweit zu unterstützen als er gehalten ist, dem Verkäufer die Möglichkeit zur Wegnahme der Kaufsache zu verschaffen, und zwar an der Stelle, an der sie sich entsprechend dem Vertrag befindet. Die Rückgewähr des Käufers beschränkt sich allein auf die Gestattung der Rücknahme und ggf. die Rückübereignung.

---

1) vgl. oben S. 19,24 ff, 73,106 ff

3. Der "Kinostuhlfall"

Ein typischer Fall eines Kaufvertrages mit Nebenpflichten lag der Entscheidung des BGH vom 5.4.1955 [2] zugrunde:

Das Lichtspieltheater des Beklagten wurde während des Krieges zerstört. Anläßlich des beabsichtigten Wiederaufbaus bestellte der Beklagte bei der Klägerin Holzklappstühle. Nach der Vereinbarung vom 25.2.1948 hatte die Klägerin dem Beklagten die Klappbestuhlung zu liefern, und zwar insgesamt 1604 "Schwingstühle". Den Monteur für die Aufstellung sollte die Klägerin stellen. Im September 1949 wurden die Stühle angeliefert und von dem Monteur der Klägerin montiert. Am 20.12.1949 stellte die Klägerin dem Beklagten eine Rechnung über insgesamt ca. 130.000 DM aus. Der Beklagte, der bereits am 4.11.1949 und 17.12.1949 quietschende Geräusche an den Stühlen beanstandet hatte, erhob mit Schreiben vom 31.12.1949 "in aller Form die Mängelrüge" und bat um Abstellung der Mängel. Der von der Klägerin geschickte Monteur vermochte die Mängel nicht zu beseitigen. Am 30.3.1950 stellte der Beklagte die Stühle der Klägerin zur Verfügung. Die Klägerin weigerte sich, die Bestuhlung zurückzunehmen, und klagte den Kaufpreis ein. Das Gericht prüft, ob im Hinblick auf die Weiterbenutzung der Stühle die Wandlung in Anwendung des § 351 BGB ausgeschlossen sei. Es verneint diese Frage und führt aus:

"Da die Klägerin nach dem Vertrag verpflichtet war, die Stühle einzubauen, war sie infolge des berechtigten Wandlungsverlangens des Beklagten auch verpflichtet, die Stühle wieder auszubauen" [3].

Eine Begründung dafür gibt das Gericht nicht. Es führt lediglich weiter aus, daß der Beklagte sein Theater nicht habe so lange schliessen müssen bis die Klägerin dieser Verpflichtung nachgekommen sei; durch die Weiterbenutzung der Bestuhlung sei die Wandlung daher nicht ausgeschlossen.

Der wörtlich zitierte Satz rechtfertigt sich am einfachsten durch die Umwandlungslehre. Die Leistungspflichten kehren sich auf Grund der Wandlung um in ihr Gegenteil; im Rahmen des durch die Wandlung zu einem Abwicklungsverhältnis gewordenen ursprünglichen Schuldverhältnis muß die erbrachte Leistung in der Weise Schritt für Schritt wieder abgebaut werden

---

2) LM § 351 Nr.2 = MDR 1955,464 = B 1955,479 = BB 1955, 432 "Kinobestuhlung"
3) LM § 351 Nr. 2 Bl. 2

wie sie aufgebaut wurde. Würde man das Vertragsverhältnis durch die Wandlung rückwirkend für aufgehoben ansehen und die Rückgewähransprüche als besondere Bereicherungsansprüche erachten, so ließe sich das Ergebnis nur mit der Erwägung halten, daß sich aus dem Wort "zurückgewähren" des § 346 S.1 BGB jedenfalls für den Bereich der Wandlung die Verpflichtung zur Rücknahme auch in den Fällen ergibt, in denen, wie hier die Stühle, die Kaufsache "ortsfest angebaut" wurde, also Rücknahme mit Demontage, Abbau gleichzusetzen ist.
Der BGH führt zutreffend aus, daß der Beklagte zur Demontage der Bestuhlung nicht verpflichtet sei. Er hatte die Stühle nicht eingebaut, sondern die Klägerin, die dann qua Umkehr der Leistungspflichten bei Wandlung die Ausbauverpflichtung trifft.
Zutreffend wird ausgeführt, der Beklagte sei berechtigt gewesen, auf Kosten der Klägerin die Stühle ausbauen zu lassen. Insoweit hätte er die Klägerin von ihrer Ausbauverpflichtung freigestellt, also ein fremdes Geschäft geführt und würde dann mit Erfolg die dafür angefallenen Kosten aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Klägerin geltend machen können [4].

Der "Kinostuhlfall" zeigt, daß insbesondere bei Verträgen mit Nebenpflichten die Lehre von der Umwandlung des "werbenden" Schuldverhältnisses in ein Abwicklungsverhältnis mit der damit verbundenen Umkehr der Leistungspflichten zu einleuchtend begründeten Ergebnissen zu führen vermag: Wer einbaut, aufbaut, aufstellt, hat im Falle der Wandlung wiederauszubauen, - abzubauen, - zu entfernen.

---

4) vgl. oben S. 61 ff;
der BGH weist zutreffend auf den der Klägerin zustehenden Anspruch auf Nutzungsentgelt hin (§§ 467 S.1,347 S.2,987 Abs.1 BGB); bedenklich erscheint die Bemerkung des BGH, daß das OLG Hamm als Berufungsinstanz keinen Anlaß zur Prüfung gehabt habe, ob der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Nutzungen ein Zahlungsanspruch zustehe, weil die Klage auf Nutzungsentgelt nicht gestützt sei. Den Begriff des Streitgegenstandes richtig verstanden, nämlich als Klagantrag und Lebenssachverhalt (Habscheid S.206 ff) wäre zu prüfen gewesen, ob der Klägerin wenigstens ein Teil der eingeklagten 130.000 DM als Nutzungsentgelt zugestanden hätte.

4. Exkurs

a) Der Rücktritt bei Nicht- oder Schlechterfüllung von (werk-) vertraglichen Nebenpflichten

Beispiel:
Nach dem Vertrag soll der gekaufte Motor in das Segelboot eingebaut werden. Bei der ersten Fahrt löst sich die fehlerhafte Befestigung. Der Käufer stellt den Motor zur Verfügung.

Während anerkanntermaßen nach Art und Bedeutung der Leistungen zu entscheiden ist, welche Regeln beim "Typenkombinationsvertrag" [5] heranzuziehen sind, wendet man beim Lieferungsvertrag mit Montageverpflichtung bei Mängeln des Kaufgegenstandes Kaufrecht an, im übrigen Werkvertragsrecht. Im genannten Beispiel ist indes vom Kaufrecht auszugehen, weil der Einbau im Rahmen der Gesamtleistung des Verkäufers nur von untergeordneter Bedeutung und daher eine Nebenpflicht ist. Bei Schlechterfüllung der Nebenpflicht ist die Wandlung des Kaufvertrages nicht möglich. Zwar ist nach dem subjektiven Fehlerbegriff Fehler alles das, was mit der Umwelt der Sache in Beziehung steht [6], nicht aber die Verletzung einer Nebenpflicht selbst, wie sie hier vorliegt. Diese führt nur zu einem Rücktrittsrecht nach §§ 325, 326 BGB.

Beispiel:
Mitte Oktober 1963 kaufte der Käufer einen Gefrierschrank im Werte von etwa 1.500 DM. Nach dem schriftlichen Vertrag sollte der Gefrierschrank am Wohnort des Käufers aufgestellt werden. Die Lieferung sollte Mitte November 1963 erfolgen. Der Gefrierschrank wurde von dem Lieferanten des Verkäufers bis zur in der Nähe liegenden Bahnstation gesandt und vom Käufer im Einverständnis mit dem Verkäufer an den Wohnort des Käufers transportiert und in der Garage des Käufers abgestellt. Ende November 1963 forderte der Käufer den Verkäufer auf, den Gefrierschrank aufzustellen, "andernfalls stelle" er "alles zur Verfügung". Ende Januar 1964 lehnte es der Verkäufer ab, den Gefrierschrank zurückzunehmen. Er erhob Klage auf Zahlung des Kaufpreises. Der Gefrierschrank war verpackt in der Garage des Käufers verblieben [7]. Die Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises blieb erfolglos.

Das Gericht prüft nicht, ob ein Mangel des Gerätes vorliegt, sondern gewährt dem Käufer ein Rücktrittsrecht

---

5) Ausdruck von Larenz II § 62 II a S.330
6) Larenz II § 41 I S.34 f (35)
7) Sachverhalt (verkürzt) nach OLG Stuttgart v. 7.7.66 Die Justiz 1966,283 f

aus § 326 BGB unter der Annahme, daß sich die vom Verkäufer übernommene Verpflichtung, das Gerät aufzustellen und anzuschliessen, als eine vertragliche Hauptpflicht darstellt. Handelt es sich um eine Hauptpflicht, so hätte es nahegelegen, hinsichtlich der Aufstellung Werkvertragsrecht anzunehmen. Selbst wenn es sich bei der unterbliebenen Transportleistung von der Garage in den ersten Stock des Hauses des Käufers und Aufstellen und Anschliessen des Gefrierschrankes um eine Nebenleistung handelt, kann der Käufer in analoger Anwendung der §§ 325,326 BGB vom Vertrage zurücktreten. Voraussetzung für ein derartiges Rücktrittsrecht ist, daß die Vertragsverletzung den Vertragszweck derart gefährdet, daß man dem vertragstreuen Teil nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrages nicht zumuten kann. Es handelt sich dabei um einen Fall der positiven Forderungsverletzung, der über den Schadenersatzanspruch für den gerade durch die Verletzung entstandenen Schaden auch entweder einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder aber ein Rücktrittsrecht nach sich zieht [8]. Die unterbliebene Aufstellung und Anschliessung des Schrankes war dem Käufer selbst kaum möglich. Durch andere Fachkundige waren diese Maßnahmen zwar durchführbar, aber Fachleute sind unter den heutigen Verhältnissen schwer zu verpflichten, wenn man berücksichtigt, daß sich ein darartiger versprochener "Kundendienst" auch im Verkaufspreis niederschlägt und dies vom Käufer bewußt in Rechnung gestellt worden war - ein Gerät, das lediglich übereignet und zugeschickt wird, ist i.d.R. wesentlich billiger zu haben - . Die Verletzung der Nebenpflichten gefährdete den Vertragszweck - betriebsbereite Aufstellung des Gerätes - derart, daß der Käufer berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten.

Die Folgen des Rücktritts regeln sich nach § 327 S.1 BGB, der auf die §§ 346 ff BGB verweist. Da der Verkäufer wegen der Nichterfüllung der Nebenpflichten den Rücktritt veranlasst hat, gilt das zur Wandlung Ausgeführte entsprechend: Der Käufer hat den Schrank so wie er ist zur Verfügung zu stellen und der Verkäufer ist gehalten, ihn auf seine Kosten wegzunehmen.

---

8) vgl. Palandt/Danckelmann § 326 Anm. 12 a

b) Der Rücktritt beim Abzahlungskauf mit (werk-) vertraglichen Nebenpflichten

Beispiel:
Das OLG Nürnberg [9] hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Der Kläger kaufte von der Beklagten für seine Wäscherei und chemische Reinigung eine gebrauchte Einrichtung, die ihm frei Haus geliefert worden war, auf Abzahlung, zahlte den Restkaufpreis nicht und stellte nach Rücktritt der Beklagten vom Kaufvertrag, der dem Abzahlungsgesetz unterlag, die Maschine zur Abholung zur Verfügung, was die Beklagte nicht tat, woraufhin der Kläger die Maschine von einer Spedition abholen und einlagern ließ und von der Beklagten die dafür erforderlichen Transport- und Lagerkosten verlangte.
Während das LG die Klage mit der Begründung abwies, der Kläger habe die Maschine auf eigene Kosten an die Beklagte zurückliefern müssen,
gab das OLG der Klage statt mit der Begründung, die Beklagte sei zur Abholung verpflichtet, sie sei in Annahme- und Abnahmeverzug gekommen und habe die geltend gemachten Kosten als Verzugsschaden zu ersetzen.

Aus der Umwandlungslehre ergibt sich ohne weiteres, daß der Abzahlungsverkäufer die von ihm an den Käufer gelieferte Sache zurückzunehmen, d.h. abzuholen hat.

Damit ist indes noch nicht gesagt, wer die Kosten des Rücktransports zu tragen hat. Während bei der Wandlung sich die Kostentragungspflicht des Verkäufers daraus ergibt, daß der Verkäufer infolge des Fehlers der Kaufsache die Wandlung veranlaßt hat [10], ist für den Bereich des Abzahlungskaufs gerade anders zu argumentieren:
Der Käufer veranlaßte den Rücktritt wegen der Nichtzahlung des Kaufpreises. Dann ist er gehalten, die Rücktrittskosten zu übernehmen.
Zwar muß der Verkäufer die Sache jedenfalls dort wieder abholen, wo er sie hingebracht hat, aber er ist nicht verpflichtet, die Transportkosten zu tragen. Diese verbleiben dem Käufer. Der Abzahlungsverkäufer ist in erster Linie so zu stellen, als ob er nicht geleistet hätte. Zwar will das Abzahlungsgesetz den Käufer schützen. Das geht aber nicht so weit, daß er, wenn er nicht zahlt, von jedweder Verpflichtung freigestellt ist. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch unter Sinn und Zweck des AbzG mit der Erwägung, daß der Verkäufer, hat er schon den Hintransport übernommen, über die erforderlichen

---

9) v. 25.6.74 WPM 1974,1174=NJW 1974,2237 = MDR 1975,52
10) vgl. oben S. 50, 61 ff

Transportmittel verfügt, die Kaufsache zurückzuschaffen.

Das OLG hat also mit der Einschränkung richtig entschieden, daß von den Transportkosten zur Spedition und den Lagerkosten, die der Käufer verlangt, die Transportkosten abzusetzen sind, die entstanden wären durch den Transport vom Sitz des Käufers zum Sitz des Verkäufers.

II. Der Lieferungskauf mit Übernahme von über die Herstellungspflicht hinausgehenden (werkvertraglichen) Nebenpflichten

In der Praxis sind Lieferungskäufe häufig mit weiteren Pflichten des Verkäufers verbunden. Das folgt daraus, daß der Verkäufer das fachlich geschulte Personal hat, das in der Lage ist, auch den ordnungsgemäßen Transport, die Aufstellung und den Anschluß an das Versorgungsnetz des gelieferten Gegenstandes zu übernehmen. Üblicherweise ist das Aufstellen von Herden [11], die Aufstellung und Montage der gekauften Maschine [12], das Anschrauben von in einen Neubau zu liefernder Herde an die Gasleitung [13] im Verhältnis zur Lieferung der Ware regelmäßig bloße Nebenleistung, also Nebenpflicht. Denn in diesen Fällen ist nicht die Arbeitsleistung, sondern die Lieferung von Waren das Entscheidende [14].

Was die Durchführung der Wandlung bei Lieferung einer fehlerhaften Sache anbelangt, ist, weil sich insoweit nichts anderes ergibt, auf die Ausführungen zum Kauf mit Nebenpflichten zu verweisen [14a].

III. Der Werklieferungsvertrag i.e.S. (§ 651 Abs.1 S.2 1.Alt.BGB) mit (werk-) vertraglichen Nebenpflichten

Beispiel: [15]
Der Hersteller einer nach besonderen Plänen des Abnehmers zu fertigender Maschinen für eine Schotteranlage hat auch die Verpflichtung übernommen, die Maschinen in dem Gebäude des Abnehmers auf den von dem Abnehmer zur Verfügung gestellten Unterlagen anzubringen.

---

11) RG v.1.10.07 Recht 1907 Nr.3472 S.1398 = wie Fn.13
12) RG v. 12.12.99 RGZ 45,63 (64) Akkumulatorenbatterie
13) RG v. 1.10.07 LZ 1908 Sp.68 ff Nr.2 = wie Fn. 13 betr. Lieferung, Aufstellen und Installation von 8 Herden mit erhöhten Bratöfen in einen Neubau
14) vgl. Graue AcP 163 (1963)401(404:Fallgruppe "Aufbau") vgl. Larenz II § 62 II a S.330 f
14a)vgl.oben S. 265 ff
15) vgl. RG v. 20.9.18 RGZ 95,2

Durch die Übernahme des Transportes zum Abnehmer, der Aufstellung, Standfestmachung, des Anschlusses an die Versorgungsleitungen usw. wird der Charakter des Vertrages nicht geändert; es handelt sich gegenüber der Herstellungspflicht um Tätigkeiten, die demgegenüber in den Hintergrund treten. Dazu gehört auch der einfache Zusammenbau angelieferter Bestandteile einer nicht vertretbaren Sache [16].

Was die Durchführung der Wandlung bei Lieferung einer fehlerhaften unvertretbaren Sache bei Übernahme von Nebenpflichten anbelangt, ist auf die Ausführungen zum Kauf mit Nebenpflichten zu verweisen. Aus der zur Wandlung von Werklieferungsverträgen mit Nebenpflichten recht spärlichen Rechtsprechung [17] sei folgende Entscheidung des OLG Dresden [18] herausgegriffen, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Nach dem Vertrag zwischen den Parteien war der Kläger verpflichtet, nach einem Gipsmodell einen Wandbrunnen aus Zementguß anzufertigen und diesen Wandbrunnen im Saal der vom Beklagten betriebenen Restauration aufzustellen. Der Kläger forderte nach Ausführung des Auftrags den vereinbarten Preis von 500 M. Im Prozeß um die Vergütung machte der Beklagte die Einrede der sofortigen Wandlung geltend und verlangte widerklagend Beseitigung des Wandbrunnens,
Wiederherstellung des Zustandes seines Saales, der vor der Aufstellung des Wandbrunnens bestanden hat, die von ihm für die Herstellung einer nunmehr für ihn wertlosen Wasserleitung verwendeten Kosten von 59,64 M, die zum Betrieb des Brunnens bestimmt und erforderlich war [19].

---

16) vgl. Graue AcP 163,404,408 Fallgruppe "Zusammenbau"

17) vgl. RG v. 23.7.06 JW 1906,333 Nr.9 betr. Lieferung und Aufstellung einer Ladeneinrichtung: "der Beklagte (sei)... mit Recht vom Vertrage abgegangen", eine Terminologie, die sich heute fast ausschließlich im österreichischen und schweizerischen Raum findet (vgl. oben S. 234 ff)
OLG Stuttgart v. 6.4.07 OLG 18,15 = Recht 1907 Nr.1016 betr. Lieferung einer Tresoranlage bestehend aus Panzerstahlkammer, Safeschränken usw. für ein im Bau befindliches Bankgebäude und Aufstellung (Transport und Zusammensetzung) der Anlage ohne die bauliche Arbeit (Herstellung der Mauern und Fundamente, Einmauerung der Anlage);
OLG Hamburg v. 22.3.29 HansRGZ 1929 B 446 f betr. Lieferung eines "Wandschwenkkrans und einer Sicherheitswinde" und Aufstellung der Krananlage auf dem Gelände des Abnehmers

18) v. 20.3.03 SächsArch 14 (1904) 224 ff

19) Das OLG qualifiziert den Vertrag zutreffend als Werklieferungsvertrag um eine nicht vertretbare Sache ohne Begründung

Für die Durchführung der Wandlung dieses Vertrages ergibt sich folgendes: [20]

Da der Kläger verpflichtet war, den Brunnen aufzustellen, ist er nach Wandlung wegen der Umkehr der Leistungspflichten verpflichtet, den Wandbrunnen wieder zu entfernen. Das OLG Dresden verurteilte den Kläger im Ergebnis zutreffend auf Grund der Widerklage zur Wegnahme des Wandbrunnens.

Dagegen ist die Verurteilung zur Wiederherstellung des Zustandes vor Anbringung des Wandbrunnens jedenfalls auf Grund der Wandlung nicht richtig. Denn der Beklagte trägt als Besteller das Risiko seines Stoffes; solange den Unternehmer ein Verschulden an der Beeinträchtigung des Saales nicht trifft, ist er zur Wiederherstellung des früheren Zustandes des Saales nicht verpflichtet.

Im Ergebnis zutreffend hat das OLG Dresden dem Beklagten die Kosten für die Herstellung der Wasserleitung zugesprochen. Die Begründung, dieser Betrag stehe dem Beklagten zwar nicht aus § 635 BGB, aber aus positiver Vertragsverletzung zu, ist indes falsch. Die Kosten der Wasserleitung sind als sogen. "Erfüllungskosten" [21] zu erstatten. Ohne eine Wasserleitung konnte der Brunnen nicht angeschlossen, also brauchbar gemacht werden.

IV. Der kombinierte Lieferungs- und Werkvertrag

Geht die werkvertragliche Tätigkeit über das bloße Aufstellen, Anbringen und Anschließen der Sache(n) hinaus, ist die Arbeit mitentscheidend, so ist insoweit von einer Hauptpflicht im Rahmen eines kombinierten Lieferungskaufs und Werkvertrages auszugehen. Ist die Liefersache mangelhaft, so erfolgt die Wandlung nach § 467 BGB. Die Wandlung erstreckt sich dann auf die gesamte Vertragskombination, weil der Mangel des gelieferten Gegenstandes auch die mitverdungene Montage für den Besteller wertlos macht [22]. Ist dagegen die Montage mangelhaft, so richtet sich die Wandlung nach § 634 BGB. Fraglich ist

---

20) von deren Berechtigung ohne Nachbesserungsbegehren des Beklagten wegen der Weigerung des Klägers nachzubessern ist mit dem OLG Dresden auszugehen.

21) vgl. dazu oben S. 83 ff

22) Larenz II § 62 II a S.331

freilich, ob die Wandlung nach § 634 BGB sich auf die Vertragskombination erstreckt oder sich nur auf den werkvertraglichen Teil bezieht.

Beispiel [23]:

Ein Maschinenhersteller hatte nach dem Vertrag einen vollautomatischen Wasserenthärter zu liefern und die Montage durch einen Werksfachmonteur zum Pauschalpreis vorzunehmen, wobei notwendiges zusätzliches Montagematerial gesondert zu berechnen war. Die Anlage wurde montiert, funktionierte kurz darauf aber nicht, wurde von dem Verkäufer erneut in Betrieb gesetzt, versagte aber drei Tage später wieder. Es stellte sich heraus, daß der Wasserenthärter fehlerhaft angeschlossen wurde.
Der Käufer stellte die Anlage zur Verfügung und verweigerte die Zahlung des Kaufpreises.

Das Gericht führt unter Hinweis auf Larenz [24] aus, daß es von der Bedeutung der Montagepflicht für die Parteien abhänge, ob die Montagepflicht nur Nebenpflicht aus einem Kaufvertrag oder eine der Hauptpflicht des Verkäufers aus dem Kaufvertrag gleichwertige Pflicht sei. Erfordere sie spezielle technische Kenntnisse oder einen erheblichen Arbeitsaufwand, so sei sie keine Nebenpflicht aus Kauf. Sei eine große Maschine zu liefern und unter erheblichem Arbeits- und technischen Aufwand zu montieren, so liege ein kombinierter Kauf- und Werkvertrag vor. Dieser Ansatz ist richtig. Diese Kategorie fehlt bei Graue [25]. Denn die Montage einer angelieferten Großmaschine fällt nicht unter seine Gruppierungen "Aufbau, Zusammenbau und Einbau". Das ist qualitativ etwas anderes, ändert indes am Ergebnis nichts. Das Gericht wertet den geschlossenen Vertrag als kombinierten Kauf- und Werkvertrag, weil

"für den Anschluß...des gelieferten Wasserenthärters ...spezielle technische Kenntnisse, insbesondere über die Funktion des Wasserenthärters und die sich daraus ergebende Notwendigkeit, den Wasserenthärter vor dem Eindringen von Luft aus der Wasserleitung zu schützen, erforderlich waren".

Liegt ein kombinierter Kauf- und Werkvertrag vor, so gilt für die Werkleistung Werkvertragsrecht [26]. War die Montage, wie hier, mangelhaft, sind die §§ 633 ff BGB anzuwenden [27]. Sind die Voraussetzungen des

---

23) OLG Stuttgart v. 18.2.70 BB 1971, 239
24) aaO S. 330 f
25) aaO S. 404
26) Larenz aaO S. 331; vgl. auch Hoeniger S.150 f
27) Larenz aaO

§ 634 BGB gegeben, ist der Besteller berechtigt zu wandeln. Diese Wandlung erfaßt die Vertragskombination, wenn durch das Mißlingen der Montage das Interesse auch an der Lieferung entfallen ist [28]. Das ist i.d.R. dann der Fall, wenn nicht zu erwarten ist, daß die Montage von einem Dritten ordnungsgemäß durchgeführt wird.

In dem Beispiel läßt das Gericht die Wandlung der gesamten Vertragskombination zu, weil die Nachbesserung Voraussetzung für die einwandfreie Funktion des Wasserbehälters sei und wegen der mangelhaften Montage das Interesse an der gesamten Vertragserfüllung entfallen sei [29].

In Durchführung der Wandlung hat der Hersteller die gelieferte Sache auf eigene Kosten zurückzunehmen.

V. Der kombinierte Werklieferungsvertrag und Werkvertrag

Damit sind die Fälle angesprochen, in denen eine nicht vertretbare Sache unter erheblichem technischen und Arbeitsaufwand montiert werden muß. Desgleichen sind darunter die schwierigeren Fälle des "Zusammenbaus" [30] zu verstehen.

Was die Wandlung wegen Fehlerhaftigkeit der unvertretbaren Sache oder wegen Fehlerhaftigkeit der Montage anbelangt, ist auf die Ausführungen zum kombinierten Lieferungs- und Werkvertrag zu verweisen.

---

28) Larenz II § 62 II S.331
29) BB 1971, 239 r.Sp. unten
30) Graue AcP 163,404,409

7. Abschnitt

Die Abgrenzung der Wandlung zur Minderung und zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung am Beispiel des Werkvertrages

I. Die Abgrenzung der Wandlung zur Minderung

Die Abgrenzung erscheint als erforderlich, weil zuweilen zu lesen ist, daß die Wandlung in einzelnen Fällen auf eine Minderung hinauslaufe [1] und umgekehrt [2].

Das geschieht in folgenden Fällen:

Die Rückgewähr einer Werkleistung ist in Natur nicht möglich. Das dem Besteller notgedrungen verbleibende Werk hat einen objektiven Wert. Dieser in Geld dem Unternehmer zu erstattende objektive Wert seiner fehlerhaften Werkleistung wird mit der bereits gezahlten Vergütung verrechnet; lediglich die Differenz ist herauszugeben, so daß im Ergebnis Minderung vorzuliegen scheint [3].
Die Rückgewähr einer Werkleistung ist in Natur nicht möglich. Das Werk ist nichts wert. Ein Wertausgleich findet nicht statt. Lediglich der Vergütungsanspruch entfällt oder die Vergütung muß zurückgezahlt werden [4].

Im Vertrag oder in den dem Vertrag zugrunde liegenden AGB ist die Wandlung ausgeschlossen. Das hergestellte Werk ist völlig wertlos. Der Besteller macht Minderung geltend. Da das Werk gar nichts wert ist, wird auf 0 gemindert und ausgeführt, im Ergebnis komme die Minderung einer Wandlung gleich [5].

Infolge der Verweisung in § 634 Abs.4 BGB richtet sich die Herabsetzung der Vergütung nach dem Berechnungsschlüssel des § 472 BGB. Ausgangspunkt ist die vereinbarte Vergütung [6], wohingegen die Vergütung bei der Durchführung der Wandlung keine Rolle mehr spielt, weil ein Vergütungsanspruch entfallen und die etwa gezahlte Vergütung zurückzuzahlen ist. Als Abrechnungsposten erscheint die vereinbarte Vergütung allerdings dann, wenn sie im Falle des Wertausgleichs für eine fehlerhafte dem Besteller verbleibende Werkleistung bereits ganz oder teilweise gezahlt wurde. In diesen Fällen werden Vergütung und Wertausgleich nicht ausgetauscht, sondern verrechnet, so daß

---

1) Schmalzl NJW 1965, 130 r.Sp.; Frisch S.50; Ortmayer S.31
2) Rietschel Anm. zu BGH v. 29.10.64 LM § 13 VOB/B Nr.8
3) Hachenburg S.250; Schmalzl NJW 1965,130 r.Sp.; Wahl S.39; Knappich S.96 f, 100; vgl. RG v. 30.10.08 RGZ 69,385 ff
4) vgl. RG v. 20.6.11 JW 1911,756 "Bohrloch"
5) BGH v. 29.10.64 Sch-F Z 2.414 Bl.136(137 v); OLG Saarbrücken v. 17.3.70 NJW 1970,1192; beide betr. VOB/B; zur VOB vgl. unten S. 289 ff
6) zur Berechnung der Minderung beim Werkvertrag vgl. Staudinger/Riedel § 634 Rdnr.10; Schmalzl NJW 1970,130; Hess S.80; Neuenfeld II Ha 12

lediglich die Differenz auszugleichen ist [7].
Weist die Werkleistung einen objektiven Wert auf, der dem Unternehmer zu vergüten ist,und ist der Werklohn ganz oder teilweise gezahlt worden, unterscheidet sich die Minderung von der Wandlung dadurch, daß bei der Minderung die vertragsmäßige Gegenleistung geschuldet bleibt und lediglich herabgesetzt wird [8], während bei der Wandlung der Vergütungsanspruch ganz entfällt, ein Wertausgleich zu zahlen ist, der von der zurückzuzahlenden Vergütung abgesetzt werden kann [9].
Ist das Werk gar nichts wert, so ist ein Wertausgleich nicht zu zahlen. Das hat aber mit der Minderung nichts zu tun.
Richtig ist allerdings, daß die Minderung zur Erstattung oder zum Wegfall der gesamten Vergütung führen kann. Das hat bereits das RG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1903 [10] für den Kauf ausgesprochen:

"Ist die Ware infolge eines vom Verkäufer zu vertretenden Fehlers völlig wertlos, so kann ohne Wandlung mit dem Preisminderungsanspruch der volle Preis zurückgefordert werden".

Diese Ansicht ist schon deswegen zutreffend, weil der Besteller statt der Wandlung ein minus, die Minderung begehren kann und es widersinnig wäre, den Besteller mit 1 DM zu belasten um noch von einer Herabsetzung der Vergütung reden zu können. Das wäre reiner Formalismus [11].
Daß die Minderung dazu führen kann, daß sich Kaufpreis oder Vergütung auf Null reduzieren, die vereinbarte Gegenleistung also gar nicht geschuldet wird, hat da-

---

7) vgl. für den Bauvertrag Schlosser JZ 1966,430 l.Sp. oben
8) zutreffend Oertmann Recht 1920 Sp.158 f
9) nicht zu verwechseln mit dem Fall, daß der Käufer, hat er den Kaufpreis bereits gezahlt, die Rückzahlung des Minderungsbetrages verlangt (vgl. RG v. 12.10.26 HRR 1927 Nr.10 Sp.5); bei der Wandlung verlangt der Besteller die Vergütung abzüglich des Betrages für den Wertausgleich
10) RG v. 28.1.03 II 326/02 HoldhMonSchr 1903(12) S.164 LS 2; unter Berufung auf dieses Urteil, allerdings mit dem Datum v. 30.1.03 BGB-RGRK-Kuhn § 472 Anm. 2; ebenso RG v. 22.2.26 JW 1926,1541 Nr. 41 betr. Lieferungskauf; Planck/Knoke § 472 Anm.1; Oertmann § 472 Anm.1; ähnlich Staudinger/Ostler § 472 Rdnr.4; OLG Frankfurt v. 16.1.64 Sch-F Z 2.321 Bl. 20 LS 3
11) ähnlich Rietschel Anm. zu BGH LM § 13 VOB/B Nr.8

zu geführt zu sagen, daß die Reduzierung des Kaufpreides oder der Vergütung auf Null bei völlig wertlosen Waren oder Werken im Ergebnis einer Wandlung gleichkomme [12]. Das trifft aber nur auf einen Teilaspekt der Wandlung auf der Seite des Käufers bzw. Bestellers zu. Er erhält den Kaufpreis oder die Vergütung zurück oder braucht gar nicht erst zu zahlen. Einen Anspruch auf Wegnahme der fehlerhaften Sache oder des mangelhaften Werkes steht dem Mindernden dagegen nicht zu, wohl aber dem Wandelnden. Entsprechendes gilt für den Wandlungsgegner.

Allerdings kommt die Minderung bei Verträgen über immaterielle Werke i.d.R. im Ergebnis der Wandlung gleich und umgekehrt. Bei der Wandlung ist die Rückgewähr in Natur unmöglich. Ist das Werk gar nichts wert, so findet bei der Wandlung ein Wertausgleich nicht statt, eine Vergütung entfällt, und bei der Minderung reduziert sich die Vergütung auf Null. Allerdings sind, abgesehen von den unterschiedlichen Ausgangspunkten, Unterschiede insofern vorhanden als sich aus der Wandlung Nebenansprüche wie aus § 467 S.2 BGB ergeben, die bei der Minderung nicht vorgesehen sind.

II. Die Abgrenzung der Wandlung zum Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB

Nach § 635 BGB kann der Besteller statt der Wandlung oder Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel des Werkes auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer i.S.d. § 276 BGB oder wegen der gegebenen Garantie, daß das Werk den Mangel nicht aufweisen werde, zu vertreten hat. Der Anspruch aus § 635 BGB tritt an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten der Parteien. Die Werklohnforderung des Unternehmers ist dabei allerdings nur noch ein Faktor für die Berechnung des Schadens, der dem Besteller entstanden ist.

1. Der "kleine" und "große" Schadenersatz

Seit langem ist anerkannt, daß § 635 BGB (wie § 463 BGB beim Kauf) den "kleinen" und "großen" [13] Schadenersatzanspruch gibt. Bei dem "kleinen" Schadener-

---

12) BGH v. 29.10.64 Sch-F Z 2.414 Bl.136 (137 v)
13) Weitnauer in Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung S.71 ff (82)

satzanspruch (auch Schadenersatzanspruch wegen Schlecht- oder Nichterfüllung genannt) behält der Besteller das mangelhafte Werk und macht seinen übrigen Schaden geltend [14]. Das entspricht der Austauschtheorie [15]. Beim "großen" Schadenersatzanspruch (auch Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages genannt) lehnt der Besteller das Werk ab oder - falls er es schon abgenommen hat - verlangt er die Rücknahme und verweigert im übrigen die Zahlung der Vergütung und verlangt Ersatz des weiteren Schadens [16]. Das entspricht der Differenztheorie [17]. Mit dem "großen" Schadenersatzanspruch kann demnach der Besteller auch das Ergebnis der Wandlung herbeiführen [18]: Rücknahme des Werkes; darüberhinaus ist Schadenersatz zu leisten.

2. Der "große" Schadenersatz an Hand von Beispielen aus der Rechtsprechung

Weil der "große" Schadenersatz wie die Wandlung u.a. auf die Rücknahme des Werkes ausgerichtet ist, erscheint es angebracht, ihn an Hand einiger Beispiele genauer zu erläutern.

Das OLG Braunschweig [19] führt zu einem Fall der Lieferung einer Kühlanlage, die den vereinbarten Kühlgrad in der zugesicherten Zeit nicht erreichte, aus, daß der Besteller

"die Wahl"... "hatte", "ob er die Anlage behalten und als Schaden die Differenz verlangen oder aber den Vertrag als überhaupt nicht erfüllt ansehen wollte .

---

14) zum Umfang der Schadenersatzpflicht Bulla BB 1975, 445 ff m.w.N.; zum Bauvertrag vgl. BGH v. 13.5.63 VersR 1963,942; Herding/Schmalzl S. 446

15) vgl. Pieper JuS 1962,459 (460)

16) Bei dem "großen" Schadenersatz ist § 249 BGB anwendbar, denn es handelt sich nicht um Nachbesserung an einem fehlerhaften Werk zur vollständigen Erfüllung der geschuldeten Werkleistung (BGH v. 8.11.73 B 1973,2512=BB 1974,15 "WC-Türen";vgl. die umstrittene "Drainageentscheidung" des BGH v. 23.11.61 NJW 1962, 390=Sch-F Z 3.01 Bl.164 ff dazu Pieper JuS 1962,409 (411,414); Schmalzl NJW 1962,735 (736), 1965,129 (131); Herding/Schmalzl S.317), sondern um dessen Beseitigung und Ersatz des weiteren Schadens; wohingegen der "kleine" Schadenersatzanspruch nur auf Geldersatz geht, vgl. Herding/Schmalzl S.446; Heß S.95 m.w.N. in Fn. 451; vgl. zum Umfang des "großen" Schadenersatzanspruchs Todt S.134 f

17) Pieper JuS 1962, 459 (460)

18) zutreffend Pieper JuS 1962,459 (460 f m.w.N. in Fn. 122); Jakobs JuS 1974,341 (349)

19) v. 20.6.11 SA 67 Nr. 4 S.7
vgl. auch RG v. 18.6.17 RGZ 90,332

Im letzteren Fall konnte er nach § 249 (BGB) in erster Linie Wiederherstellung des früheren Zustandes, also vor allem Beseitigung der Maschinerie verlangen. Soweit das aber ungenügend war, gab ihm § 251 BGB noch einen Anspruch auf Geldersatz".

Das RG beschäftigt sich in einem Urteil vom 12.4.1912 [20] mit dem Schadenersatzanspruch des Bestellers eines Fußbodens für ein neues Fabrikgebäude. Der Unternehmer verweigerte die Rückzahlung der auf die Vergütung geleisteten Anzahlung und wollte zumindest den Wert des verlegten Fußbodens abrechnen. "Wenn", so führt das RG zutreffend aus,

> "...ein für den vertragsmäßigen Zweck unbrauchbares Werk geliefert worden ist, der Besteller also statt des vertragsmäßigen eine für ihn wertlose Leistung erhalten hat, dann kommt als Schaden vor allem der von ihm als Gleichwert der Erfüllung nutzlos aufgewendete Betrag in Betracht".

Der Unternehmer verliert also in diesem Fall nicht nur den Anspruch auf den noch ausstehenden Teil der Vergütung, sondern er muß auch den bereits erhaltenen Betrag zurückzahlen. Da der Besteller berechtigt ist, die Abnahme des für ihn unbrauchbaren Fußbodens abzulehnen, braucht auch der Wert des gelieferten wenn auch mangelhaften Fußbodens nicht auf den zurückzuzahlenden Vergütungsbetrag angerechnet zu werden," es ist Sache des Unternehmers, den Boden wegzunehmen". Für den Bauwerkvertrag seien aus der Rechtsprechung des RG folgende Urteile hervorgehoben:

Ein Urteil des RG vom 24.10.1919 [21] stellt klar, daß der "große" Schadenersatzanspruch [22] die Wandlung in sich schließt, nicht aber umgekehrt die Wandlung auch sämtliche Ansprüche, die der Schadenersatzanspruch umfaßt, deckt.

Auf dem Bauplatz des Bestellers hatte der Bauunternehmer ein unbrauchbares Lagerhaus errichtet. Der Bauherr hatte das Haus bereits bezahlt und zu dessen Einrichtung weitere Aufwendungen gemacht.

Das RG kommt zu folgendem Ergebnis:

---

20) JW 1912,686 Nr.9 "fugenloser Steinholzboden"; vgl. auch RG v. 22.10.31 RGZ 134,83 (90); RG v.18.5.31 JW 1931,2370 Nr.10; RG v. 4.2.13 JW 1913,480 Nr.1

21) Warn 1920 (13) Nr. 107 S.136 f=Recht 1920 Nr. 381

22) diesen Ausdruck benutzt das RG freilich nicht

Der Bauherr "kann daher als Schadenersatz Beseitigung des Baues und Freilegung des Platzes, Rückzahlung des Werklohnes und Erstattung des Aufgewendeten fordern", wenn, wie das RG ausführt, der Unternehmer die Mängel zu vertreten hat.

Ein anderes Urteil des RG [23] befaßt sich mit der Schadenersatzklage nach § 635 BGB bei folgendem Bauwerkvertrag:

Es war ein Lagerhaus zu errichten, das eine besondere Tragfähigkeit aufweisen sollte. Die vereinbarte Tragfähigkeit wies das Haus jedoch nicht auf, weil der Bauunternehmer in schuldhafter Weise es unterlassen hatte, die erforderlichen statischen Berechnungen vorzunehmen. Nachdem der Unternehmer sich geweigert hatte, die Mängel des Gebäudes abzustellen, verlangte der Bauherr Schadenersatz aus § 635 BGB. Das RG billigt die Verurteilung des Bauunternehmers durch das KG als Vorinstanz zur Beseitigung des Lagerhauses, Freilegung des Platzes, Erstattung des bereits gezahlten Werklohnes und Ersatz der vom Bauherrn selbst für das Gebäude gemachten Aufwendungen.

Streitig war indes, ob das Recht, die Abnahme des mangelhaften Werkes abzulehnen oder - falls es schon abgenommen war - dessen Rücknahme zu verlangen, die Zahlung der Vergütung zu verweigern, bzw. die Vergütung zurückzufordern und den weiteren Schaden ersetzt zu verlangen, von dem Nachweis des Bestellers abhängt, daß er an der Abnahme oder dem Behalten des Werkes kein Interesse habe [24].

In dem "Drahtseilbahnfall" bestätigt der BGH [25] die Rechtsprechung des RG [26] zum Wahlrecht des Bestellers

---

23) v. 18.12.25 JW 1926,985;
vgl. auch RG v. 22.12.15 Warn 8(1915)Nr.79 S.110 f

24) so z.B. OLG Braunschweig v. 29.6.06 Recht 1906 Nr. 2095; Planck/Oegg § 635 Anm.3 a; Oertmann § 635 Anm. 2 b; Korintenberg S.167 Fn.37; zu § 463 BGB z.B. Planck/Knoke § 463 Anm.4; Oertmann § 463 Anm. 5 a; Staudinger/Ostler § 463 Rdnr.19;Kreß BT S.32

25) BGH v. 5.5.58 Sch-F Z 2.414 Bl.43 ff=BGHZ 27,215 ff =NJW 1958, 1284 = MDR 1958,898,
diese Wahlmöglichkeit, ohne den Fortfall des Interesses an der Leistung nachweisen zu müssen, gab der BGH wenig später auch ausdrücklich dem Käufer bei Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs aus § 463 BGB: U.v. 8.1.59 BGHZ 29,148 (151)=NJW 1959, 620 "Lastkraftwagen"; vgl. RG v. 27.5.04 RGZ 58, 173(176); RG v. 9.10.08 RGZ 69,381 (383 f);
RG v. 22.5.33 RGZ141,259 ff; RG v. 10.3.36 JW 1936, 2131 Nr.3

26) Seit RG v. 14.10.02 RGZ 52,352 ("großer" Schadenersatz); RG v. 27.11.02 RGZ 53,89 ff (Wahlrecht);
RG v.19.6.17 RGZ 90,332(334);RG v. 18.5.31 JW 1931, 2370; RG v.5.3.37 Warn 1937 Nr.85; zweifelnd lediglich RG v. 8.1.16 JW 1916,672 Nr.3

beim Schadenersatz aus § 635 BGB und macht den "großen" Schadenersatzanspruch nicht mehr davon abhängig, ob der Besteller ein besonderes Interesse daran hat, das Werk völlig zurückzuweisen.

Der Entscheidung liegt im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Besteller beauftragte eine Firma, für einen Steinbruch eine Drahtseilbahn gegen eine Vergütung von 12.000 DM herzustellen. Er zahlte 8.000 DM an. Die Seilbahn sollte nach dem Vertrag als Pendelbahn in der Weise betrieben werden, daß das Gewicht des beladenden Wagens den leeren Wagen ohne weiteren Antrieb hochzieht. Das war aber nach den Feststellungen der Vorinstanz, des OLG Celle, nicht möglich, weil die Seilbahn nicht genügend Gefälle hatte. Ein Pendelbetrieb war nur dann möglich, wenn durch riesige Ausschachtungen das Gefälle verstärkt wurde. Auch bei der Einführung eines elektrischen Antriebs wären umfangreiche Ausschachtungen nötig gewesen. Das Erfordernis derartiger Erdbewegungen, um die Bahn betriebsfähig zu machen, beruhte auf der falschen Planung des Unternehmers, der das tatsächlich geringe Gefälle nicht berücksichtigt hatte. Die Notwendigkeit erheblicher Ausschachtungen wertete das OLG Celle als einen von der Firma zu vertretenden Mangel der Bahn und sprach dem Besteller den von ihm verlangten Schadenersatz wegen völliger Nichterfüllung des Vertrages, und zwar Ablehnung der Leistung und Rückzahlung der auf den Werklohn geleisteten Beträge, also den "großen" Schadenersatzanspruch zu.

Der BGH folgt diesem Ergebnis und führt zum Umfang [27] des Schadens folgendes aus:

"Er (scil. der Besteller) braucht das Werk nicht zu behalten und die Vergütung nicht zu zahlen, wenn er nach § 634 (BGB) Wandlung verlangt. Dieses Recht hat er schon, wenn das Werk nur objektiv mangelhaft ist und ein Verschulden des Unternehmers nicht vorliegt; ein besonderes Interesse an der Wandlung braucht er nicht nachzuweisen. Macht nun der Besteller das an weitere Voraussetzungen geknüpfte und auch als weitergehend gedachte Rechte auf Schadenersatz nach § 635 (BGB) geltend, so kann ihm nicht wohl versagt werden, seinen Schaden so zu berechnen, daß er auch auf diesem Wege ohne den Nachweis eines besonderen Interesses davon freikommt, das mangelhafte Werk zu behalten und die Vergütung zu zahlen".

Das Argument, der Besteller solle dann die Wandlung wählen, sei nicht stichhaltig, weil er weiteren Schaden erlitten haben könnte, dessen Ersatz er nur über § 635 BGB erreichen könne.

---

27) BGHZ 27,215 (216 ff/218 f)

Oertmann [28] glaubte, an dem besonderen Interesse an der Beseitigung des Werkes trotz der entgegenstehenden Rechtsprechung des RG [29] festhalten zu sollen, weil dann jeder kleine Mangel dazu berechtige, das volle Erfüllungsinteresse zu fordern, da das für die Wandlung im Gesetz vorhandene Korrektiv des § 634 Abs.3 BGB auf den Schadenersatz des § 635 BGB nicht anwendbar sei [30].

Erman [31] weist demgegenüber in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung des BGH zutreffend darauf hin, daß bei Teilunmöglichkeit und Teilverzug der Gläubiger einen Teil der Leistung einwandfrei erhält und es daher angebracht ist, auf den Nachweis eines besonderen Interesses abzustellen, wenn der Gläubiger den "großen" Schadenersatzanspruch verlangt, während dem Gläubiger im Falle des § 635 BGB eine endgültig mangelhafte Leistung erbracht wird, also eine ganze Leistung nachhaltig betroffen ist. Auch ist dem BGH [32] und Wagner [33] darin zu folgen, daß als Korrektiv der Grundsatz von Treu und Glauben völlig ausreichend ist: ausnahmsweise ist die Forderung des "großen" Schadenersatzes als Rechtsmißbrauch (unzulässige Rechtsausübung) unzulässig, und zwar dann, wenn der Mangel zu geringfügig ist, um die Rücknahme des Werkes und die Befreiung von der Vergütungspflicht zu rechtfertigen. In diesem Falle bleibt der Besteller auf den "kleinen" Schadenersatz beschränkt.

3. Die Wandlung als Bestandteil des "großen" Schadenersatzes

Mit dieser Entscheidung, der die Literatur überwiegend gefolgt ist [34] und die der BGH in ständiger Rechtsprechung aufrechterhalten hat [35] hat der BGH

---

28) § 635 Anm. 2 b
29) RG v. 24.10.19 Warn 13 (1920) Nr. 107 S.136 f
30) RG v. 24.10.19 Warn 13 (1920) Nr. 107 S.136 (137); anders wohl RG v.22.12.15 Warn 8(1915)Nr.79 S.110 f
31) JZ 1959,126 f; vgl. auch JZ 1960,41 zu § 463 BGB
32) S.220
33) Erman/Wagner § 635 Rdnr.1
34) Larenz II § 53 II a S.228; Esser § 80 II S.175 f; Enneccerus/Lehmann § 151 II 2 d S.649; Palandt/Thomas § 635 Anm.1,3; Todt S.194(197); Bindhardt Baubetriebswirtschaft 1967,116 für den Bauvertrag; ebenso für § 463 BGB: Palandt/Putzo § 463 Anm.4 a; Larenz II § 41 II c 3 S.52; Esser II § 64 III S.47
35) BGH v.7.6.63 B 1963,1213=VersR 1963,1085; BGH v.17.2.64 VersR 1964,516(517 r.Sp.unten) BGH v.6.5.68 NJW 1968,1524(1525 r.Sp.)

klargestellt, daß der "große" Schadenersatz die Wandlung mit umfaßt [36]: Wird das Werk abgelehnt, so wird im Ergebnis gewandelt und gleichzeitig Schadenersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages verlangt [37]. Das gilt auch für den Kauf, § 463 BGB. Die durch die Wandlung hervorgerufenen Rückgewährpflichten sind so gesehen ein Teil des Schadenersatzes [38].
Insofern wird demnach das in dieser Arbeit gefundene Ergebnis, was den Umfang der Rückgewähr bei der Wandlung anbelangt, nämlich grundsätzliche Verpflichtung zur Rücknahme des Werkes und Rückzahlung des Werklohnes bestätigt.
Daß gerade bei Bauwerkverträgen statt der Rücknahme des Werks durch Abbruch i.d.R. ein Wertausgleich vorzunehmen ist, steht nicht entgegen. Es handelt sich dabei um eine Ausnahme von der Rücknahmepflicht, die der Tatsache Rechnung trägt, daß bei nicht verschuldetem Fehler die Zerstörung wirtschaftlicher Werte vermieden werden soll. Diese Tendenz der Werkerhaltung braucht beim Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht in der Weise beachtet zu werden. Denn der Schadenersatzanspruch setzt immerhin ein Verschulden oder eine Garantieübernahme durch den Unternehmer voraus, während die Wandlung ein Teil der objektiven Haftung des Unternehmers ist.
Das Vorstehende darf indessen über den Unterschied zwischen der Wandlung und dem Schadenersatz gemäß § 635 BGB, auch in seiner Erscheinungsform als "großer" Schadenersatz nicht hinwegtäuschen:
Die Wandlung geht auf Rückgängigmachung des Vertrages im Rahmen des als Abwicklungsverhältnis bestehen gebliebenen ursprünglichen Vertrages. Der Schadenersatzanspruch dagegen läßt den Vertrag in seiner "werbenden" Funktion bestehen und geht auf Leistungen des Unternehmers aus dem Vertrag, wenn auch nunmehr nicht mehr auf Erbringung einer Werkleistung, sondern auf deren Entfernung und Schadenersatz in Geld.

---

36) Erman JZ 1959,127 1.Sp.
37) Esser § 64 III S.47; so bereits Josef RheinZ 1910(2) S.206
38) vgl. OLG Marienwerder v. 24.9.09 OLG 21,207 Herding/Schmalzl S.445; Bindhardt Baubetriebswirtschaft 1967,116

8. Abschnitt

Der Ausschluß der Wandlung durch AGB und ALB

I. Allgemeines

In zahlreichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Allgemeinen Lieferungsbedingungen (ALB) [1] der Verkäufer- und Unternehmerseite, die zu akzeptieren dem Käufer und Besteller zumeist - schon wegen seiner i.d.R. schwächeren wirtschaftlichen Position - unumgänglich ist, wird das Recht auf Wandlung ausdrücklich oder aber auch stillschweigend ausgeschlossen. Die für die Durchführung der Wandlung gefundenen Ergebnisse bleiben auch bei Ausschluß der Wandlung von Bedeutung, wenn der Ausschluß der Wandlung z.B. nicht auch zugleich das Rücktrittsrecht ausschließt oder aber der Besteller oder Käufer auf das Wandlungs- oder Rücktrittsrecht zurückgreifen kann, wenn die dem Besteller oder Käufer in den AGB oder ALB eingeräumten Rechte sich nicht als ausreichend erwiesen haben.

Derartige AGB mit die Gewährleistung nach dem BGB beschränkendem Inhalt sind bei Werk-, Werklieferungsverträgen, Lieferungskäufen die Regel, beim Handel mit Speziessachen (Antiquitätenhandel) eher die Ausnahme.

Als typisches Beispiel sei genannt:

"Mängelhaftung:...Werden...Mängel fristgerecht geltend gemacht und nachgewiesen, so gewähren wir kostenlos frachtfreie Ersatzlieferung. Alle anderen Ansprüche, insbesondere solche auf Schadenersatz, Wandlung des Vertrages oder Minderung des Kaufpreises sind ausgeschlossen. Wir haften insbesondere auch nicht für sogenannte mittelbare Schäden..." [2]

Die im Gesetz für den Fall von Mängeln vorgesehenen Rechte der Verbraucher auf Wandlung und Minderung werden zumeist ausgeschlossen und durch eine Nachbesserungs- oder Nachlieferungs- oder Rücknahmepflicht oder aber durch ein Wahlrecht des Herstellers oder Lieferanten zwischen den 3 Möglichkeiten ersetzt.

---

1) der Schutz des Verbrauchers gegen unbillige AGB wird nun offenbar durch den Gesetzgeber angestrebt: vgl. Referentenentwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen Beilage 18/74 zu BB 1974 Heft 39; dazu Stoll B 1975,92, Hesse BauR 1975,80 ff (betr. Einheitsarchitektenvertrag)

2) aus den Geschäftsbedingungen einer Großhandelsfirma für Einrichtungen für Wein- und Sektkellereien; vgl. BGH v. 14.10.69 B 1969,2172; vgl. "Allgemeine Lieferungsbedingungen" in "Heidelberger Musterverträge" Reihe B Heft 38 kommentiert von Anschütz und Kreuzler;

In den AGB des Reinigungsgewerbes findet sich neben dem Nachbesserungsanspruch zumeist noch ein pauschalierter Schadenersatzanspruch: Dem Besteller wird das mangelhaft bearbeitete Kleidungsstück zurückgegeben und ihm ein Schadenersatz bis zu einem bestimmten Vielfachen des Reinigungspreises gewährt.

II. Die Behandlung der die Mängelansprüche beschränkenden AGB und ALB in der Rechtsprechung

Nach der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 29.10. 1956 [3] ist die ausschließliche Gewährung eines Nachbesserungsrechts für den Bereich des Kaufs als wirksam anerkannt. Das gleiche gilt für den Bereich des Werk- und Werklieferungsvertrages [4]. Wird ordnungsgemäß nachgebessert, so hat der Abnehmer das erreicht, was er haben wollte, eine mangelfreie Kaufsache, ein fehlerfreies Werk.

Nicht in den AGB oder ALB geregelt ist zumeist die Frage, welche Rechte der Abnehmer haben soll, wenn die Nachbesserung nicht rechtzeitig oder mangelhaft erfolgt, unmöglich ist, mißlingt oder verweigert wird.

Daher hat sich die Rechtsprechung dieser Frage annehmen müssen [5].

Mit Recht unterscheidet die Rechtsprechung dabei zwischen Kauf- und Werkverträgen:

Wenn der Nachbesserungsanspruch nicht zum Erhalt einer fehlerfreien Kaufsache führt, ist der Käufer berechtigt, die allgemeinen Ansprüche, also Wandlung, Minderung und Schadenersatz, geltend zu machen. Sie leben wieder auf [6]. Ob man dieses Ergebnis durch Auslegung der

---

3) BGHZ 22,90=NJW 1957,17

4) BGH v. 18.6.59 NJW 1959,1490

5) vgl. nur Mattern WPM 1974,762 ff

6) BGH v. 29.10.56 BGHZ 22,90(100); ebenso OLG Celle v.31.8.61 NdsRpfl 1962,19; OLG Hamburg v. 28.2.74 MDR 1974,575 f; OLG Hamm v. 19.9.73 MDR 1974,402; Grunski JurA 1969,87(98)(ZR 19/30/); Kirchhoff NJW 1970,2052 (2053); Larenz II § 37 I S.40 dazu Thielmann, Festschrift für Lübtow S. 701 ff a.A. Götz S.65 ff,79 ff; im österreichischen Recht, in dem das Recht auf Gewährleistung nicht zwingend ist und daher häufig Wandlung und Minderung ausgeschlossen werden (dazu Kulka JurBl 1974,356(360 Nr.8)), soll bei Mißbrauch von Verzichtleistungen in AGB Sittenwidrigkeit helfen (Gschnitzer AT § 17 C II S.79; OGH v. 4.7.73 EvBl (ÖJZ) 1974 Nr.97 (210)"Eismaschine"); nach der Rechtsprechung kann trotz Verzichts bei völliger Unbrauchbarkeit Vertragsaufhebung verlangt werden

formularmäßigen Klauseln gewinnt [7] oder es als "Folge der den §§ 459 ff BGB zukommenden Ordnungsfunktion" ansieht, "die einer formularmäßigen Regelung zwingende Schranken setzt" [8], kann unentschieden bleiben. Auf jeden Fall ist eine Klausel in den AGB, die auch in diesen Fällen die Gewährleistungsrechte ausschließt, unwirksam [9]. Das hat zur Folge, daß trotz des Ausschlusses der Wandlung in diesem Fall ein Recht auf Wandlung des Kaufvertrages besteht, die dann nach den oben gefundenen Grundsätzen durchzuführen ist.

Allerdings ist es auch zulässig, für die Fälle, in denen die Nachbesserung nicht zu einer mangelhaften Kaufsache zu führen vermag, in den AGB dem Käufer ein Rücktrittsrecht zu gewähren [10]. Der Rücktritt ist dann nach den §§ 346 ff BGB durchzuführen. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 326 BGB oder des § 634 BGB müssen vorliegen, es sei denn die Ausnahme des § 326 Abs. 2 oder § 634 Abs.2 BGB sind gegeben [11].

Beim Werkvertrag und damit auch beim Werklieferungsvertrag lehnt die Rechtsprechung des BGH [12] das sogenannte Wiederaufleben der ursprünglichen Gewährleistungsansprüche ab. Dies geschieht mit der Begründung, daß schon das Gesetz für den Werkvertrag im Gegensatz zum Kauf in der Regel zunächst nur die Nachbesserung vorsehe. Die Rechte auf Wandlung, Minderung

---

Fortsetzung der Fußnote 6) von S.286

(so schon OGH v. 29.5.88 GlU 12202) nach Verweigerung oder Mißlingen der Wandlung kann trotz Verzicht u.a. Wandlung verlangt werden (OGH v. 9.7.68 SZ XLI 94; vgl. OGH v. 22.2.66 JurBl 1966,421; OGH v. 19.1.66 HS 5370 = SZ XXXIX 8); auch im schweizerischen Recht können die Rechte des Abnehmers eingeschränkt werden; Grenze ist Art.100 OR

7) so RG v. 23.11.15 RGZ 87,335(338); RG v. 11.7.31 LZ 1931 Sp.1379(1381); BGH v. 13.10.65 B 1965,1736 (1737); weitere Nachweise bei Schmidt-Salzer NJW 1969, 719 Fn.29

8) Schmidt-Salzer NJW 1969,719 m.N. in Fn.30 u. 31

9) Schmidt-Salzer aaO m.N.in Fn.32; Stötter B 1969,648

10) BGH v. 22.5.63 BGHZ 39,287(295 f), dazu Schmidt-Salzer NJW 1969,719 und AGB Rdnr.148 S.104

11) BGH v. 10.6.70 BGH NJW 1970,1502 "Kassetten"

12) BGH v. 8.6.59 LM § 635 Nr.4; BGH v. 18.9.67 BGHZ 48, 264=NJW 1968,44(45 sub 1); ebenso OLG Celle v. 26.9.69 WPM 1969,1243=VersR 1970,91=BB 1969,1243

oder Sachadenersatz bestehen also nicht, solange der Nachbesserungsanspruch nicht auf irgendeine Weise erledigt ist. Sie können daher nicht "wiederaufleben" wie beim Kauf, bei dem die Nachbesserung an die Stelle der genannten Rechte getreten ist. Der BGH sieht als Mindesterfordernis für eine in AGB enthaltene Beschränkung der Mängelhaftung des Werkunternehmers die Einräumung eines vom Verschulden des Unternehmers unabhängigen Nachbesserungsanspruchs und eines Rücktrittsrechts im Falle der verzögerten, unterlassenen, mißlungenen oder unmöglichen Nachbesserung an [13].

Legt man die Rechtsprechung des BGH [14] zum Gewährleistungsausschluß durch AGB zugrunde, so bleiben auch für die Kauf-, Werklieferungs- und Werkverträge, die Allgemeinen Geschäfts- oder Lieferungsbedingungen unterworfen sind, die Wandlung und ihre Durchführung, zumindest aber der Rücktritt, der in diesen Fällen, da vom Rücktrittsgegner veranlaßt, der Wandlung, von den Nebenansprüchen wie auf Grund § 467 S.2 BGB einmal abgesehen, im wesentlichen entspricht, bedeutsam, wenn die Nachbesserung nicht zu einer mangelfreien Leistung führt.

---

13) BGH v. 18.9.67 BGHZ 48,264(267);
BGH v. 6.12.73 NJW 1974,272=WPM 1974,219;
BGH v. 16.5.74 NJW 1974, 1322(1323 1.Sp.)=WPM 1974, 626; BGH v. 10.1.74 BGHZ 62,83=NJW 1974,551;
BGH v. 24.6.74 WPM 1974,843=B 1974,1137

14) auf die nahezu uferlose Literatur zu AGB kann nicht eingegangen werden.

9. Abschnitt

Die VOB/B und die Wandlung

I. Vorbemerkung

Die VOB/B - die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen - , die im zunehmenden Maße zum Inhalt auch von privaten Bauverträgen gemacht wird, nimmt insofern gegenüber AGB und ALB eine Sonderstellung ein als sie zusammen mit dem Teil A - Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen - von der Bauwirtschaft und von staatlichen Stellen im deutschen Verdingungsausschuß für Bauleistungen 1921 - 1926 ausgearbeitet wurde. Sie wird nunmehr als DIN 1961 Fassung Oktober 1973 angewendet [1]. Sie hat keine Gesetzeskraft, sondern besteht aus einzelnen Bestimmungen, die wie AGB durch Vereinbarung [2] zum Inhalt des (privaten) Bauvertrages gemacht werden können. Die VOB gilt nicht, wenn eine derartige Vereinbarung fehlt [3]. Ihr Hauptanwendungsbereich sind Bauverträge über öffentliche und mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauten [4], wird aber mehr und mehr, allerdings mitunter mit erheblichen Anweichungen, privaten Bauten zugrundegelegt [5].

II. Die OVB/B und die Wandlung

1. Die Mängelansprüche in der VOB/B

Die Gewährleistung nach der VOB/B ist in § 13 geregelt. Die VOB/B unterscheidet zwischen der Ausführung (§ 4) und der Gewährleistung (§ 13), also nicht wie das BGB zwischen Vertragserfüllung und Gewährleistung. Die Gewährleistung setzt nach der Abnahme ein. Der im Rahmen der Ausführung vorgesehene Mängelbeseitigungsanspruch (§ 4 Nr.7 S.1 VOB/B) ist ein Erfüllungsanspruch, während der Mängelbeseitigungsanspruch des § 13 Nr.5 Abs.1 VOB/B im Gegensatz zu § 633 Abs.1 BGB nicht als Erfüllungs-, sondern als Gewährleistungsanspruch [6] angesehen wird. Außerdem ist in § 13 Nr.6 VOB/B dem Bauherrn unter den Vor-

---

1) s.Bundesanzeiger Nr.237 v. 19.12.1973 u.z.B. MinBlNRW B 1973 Nr.121 S. 2090 ff
2) schriftlich oder mündlich, u.U. auch stillschweigend, BGH v. 17.2.64 VersR 1964, 516 (517 r.Sp. unten)
3) BGH v. 24.2.54 Sch-F Z 200 Bl.3; BGH v. 29.10.56 LM § 13 VOB(B) Nr.1; h.M.: z.B. Wussow NJW 1969,953
4) vgl. Reuter BlGBW 1956,163 f
5) nach Reuter aaO sind 1/4 der Bauverträge nicht VOB gebunden
6) Schmalzl, Haftung Rdnr.145 S.83; zweifelnd BGH v. 29.10.64 NJW 1965,152; v. 22.2.71 NJW 1971,838

aussetzungen der Nr. 5, die von § 634 BGB z.T. abweichen, das Recht, "Minderung der Vergütung" zu verlangen, eingeräumt. Auch ein Schadenersatzanspruch ist vorgesehen (Nr.7), allerdings ist nur der in Abs.2 angesprochene z.T. ein Gewährleistungsanspruch [7].

2. Die Frage des Ausschlusses der Wandlung bei der VOB/B unterliegenden Bauwerkverträgen in Rechtsprechung und Literatur

Dagegen ist die Wandlung in der VOB/B nicht erwähnt, was zu der Frage führt, ob man davon ausgehen kann, daß die VOB/B durch ihr Schweigen die Wandlung ausgeschlossen hat oder ob § 634 BGB als allgemeine Vorschrift des BGB dennoch anwendbar ist. Die Frage ist streitig [8]. Der BGH hat diese Frage mehrfach ausdrücklich offengelassen [9]. Urteile der Instanzgerichte sind spärlich. Nach dem OLG Karlsruhe hat der Bauherr im Rahmen der VOB/B keinen Anspruch auf Wandlung [10]. Die weitaus herrschende Meinung ist der Auffassung, daß die VOB/B wegen der Schwierigkeiten bei der Rückgewähr der Bauleistungen die Wandlung bewußt ausgeschlossen habe, was sich aus der enumerativen Aufzählung der Gewährleistungsrechte in § 13 VOB/B

---

7) Wussow NJW 1969,953 (958), Haftung S. 188

8) Heimann-Trosien WPM 1968,1002 (1007 f) hält diese Frage für "nicht sehr bedeutungsvoll", weil "ein der Wandlung gleichkommender Zustand ... nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH auf dem Wege über den Schadenersatz nach § 13 Nr.7 Abs.2 herbeizuführen ist". Das setzt aber immerhin Verschulden voraus, welches nicht immer nachweisbar ist.

9) BGH v. 29.10.64 BGHZ 42,232(234)=NJW 1965,152; BGH v. 27.6.63 VersR 1963,1085=Sch-F Z 2.414 Bl. 127 (128)= BB 1963,995 (in B 1963,1213 ist dieser Satz nicht mitabgedruckt); anders BGH v. 6.2.58 BGHZ 26, 337= Sch - F Z 2.414 Bl.60 (61 v), die Wandlung wird für zulässig gehalten; BGH v. 19.12.68 JZ 1969, 385 (386 r.Sp.) bezeichnet es als zweifelhaft, ob die Wandlung für einen der VOB/B unterworfenen Werkvertrag in Betracht kommt.

10) v. 15.7.70 BauR 1971,55 ohne Begründung; das OLG Koblenz v. 3.1.62 Sch-F Z 3.00 Bl.55=NJW 1962,741 =BlGBW 1966,18 (L), das bei Bauverträgen die Wandlung schon qua Vertragsauslegung für ausgeschlossen hält, nimmt zwar zur Frage Stellung, ob in den "Allgemeinen Vertragsbedingungen für Leistungen zu Bauzwecken", die neben der VOB dem zu beurteilenden Vertrag zugrundegelegt waren, die Wandlung ausgeschlossen ist, nicht aber ob die VOB die Wandlung zuläßt oder nicht; dagegen wertet Korbion (Ingenstau/Korbion B § 13 Rdnr.208 S.1075) diese Entscheidung zu Unrecht als zur VOB ergangen.

bzw. der Nichterwähnung eines Wandlungsanspruchs in der VOB ergeben soll [11].

Hereth/Ludwig/Naschold halten für Ausnahmefälle die Wandlung bei der VOB unterworfenen Verträgen nicht für ausgeschlossen, und zwar "in der Hauptsache" für den Bereich des § 634 Abs. 2 BGB, also wenn es dem Auftraggeber nicht zugemutet werden kann, sich mit den Ansprüchen auf Nachbesserung und Minderung zu begnügen [12].

Nach Riedel [13] ist die Wandlung nur dort ausgeschlosssen, wo sie für das Bauwerkvertragsrecht nicht oder schlecht paßt, also dann, wenn es sich um die Erstellung eines Bauwerks handelt und die auf Grund der Wandlung durchzuführende Rückgewähr der Leistungen des Unternehmers in Natur tatsächlich oder wirtschaftlich unmöglich ist.

Kuhn [14] vertritt die Auffassung, daß § 13 VOB/B die Wandlung nicht ausschließe und geht davon aus, daß das Wandlungsrecht neben der VOB/B gegeben sei, weil die VOB/B die Wandlung nicht ausdrücklich für unanwendbar erkläre [15]. Kuhn macht allerdings die vorsichtige Einschränkung, daß "die Tatsache, daß in § 12 Nr. 6 VOB/B nur der Anspruch auf Minderung erwähnt ist, ... höchstens die Bedeutung haben"..."kann", "daß in den dort einzeln aufgeführten Fällen (Unmöglichkeit oder unverhältnismäßiger Aufwand bei der Beseitigung des Mangels) der Anspruch auf Wandlung entfällt" [16]. Auszugehen ist bei der

---

11) Schmalzl, Haftung Rdnr.157 S.89 f; NJW 1965,134 r.Sp.; NJW 1971,2015; Herding/Schmalzl S.491; Ludwigs/Ludwigs S.97 Nr.4,187; Christoffel S. 159 e; Ingenstau/Korbion § 13 Rdnr.208 S.1075; Lehnig BBauBl 1953,154(156 r.Sp.);Wussow, Rechtslexikon "Wandlung"; Haftung S.188; Finnern S.32; Köderitz S.165 ff,240; Weber NJW 1958,1711; Schmidt MDR 1963,263(266); Glaser Bauamt und Gemeindebau 1966, 238 (241 r.Sp.f); Huhn, Bauvertrag S.147 f; Lehnig NJW 1953,772; Palandt/Thomas § 634 Anm.6; Soergel/Ballerstedt § 634 Rdnr.38;
für die alte VOB: Eplinius S.184; Voß S.113; Roß S.18,71; Elleringmann S.89; Herde S.35

12) B § 13 Ez 13.24

13) Staudinger/Riedel § 634 Rdnr.10 h; ähnlich Weber NJW 1958, 1711

14) NJW 1955,412; ihm folgend Palandt/Thomas bis zur 29. Aufl. § 637 Anm.1, anders ab 30.Aufl. § 634 Anm.6; Häring, Fertighausbau S.102

15) nach Daub/Meierrose/Müller S.469 f,487 ff schließt die VOL (Verdingungsordnung für Leistungen, ausgenommen Bauleistungen) die Wandlung nicht aus, obwohl die VOL die Wandlung nicht erwähnt.

16) aaO S.412 r.Sp.a.E.; vgl. auch Hereth/Ludwig/Naschold B § 13 Ez 13.25

Frage nach dem Ausschluß der Wandlung durch die VOB von ihrem Wortlaut. Für den Fall, daß die zunächst vorgesehene Mängelbeseitigung unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand fordern würde, ist vorgesehen (§ 13 Nr.6 S.1 VOB/B), daß der Bauherr lediglich ein Minderungsrecht hat. § 13 Nr.6 S.2 VOB/B sieht vor, daß der Auftragnehmer ausnahmsweise auch dann Minderung der Vergütung verlangen kann, wenn die Beseitigung des Mangels für ihn unzumutbar ist. Damit könnte man den Anspruch auf Wandlung per argumentum e contrario als ausgeschlossen halten [17]. Dem ist entgegenzuhalten, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen, zu denen die VOB jedenfalls im weiteren Sinne gehört, eng auszulegen sind und Unklarheiten zu Lasten des Aufstellers dieser Bedingungen gehen [18], also im Falle der Vereinbarung der VOB/B bei privaten Bauverträgen zu Lasten der Bauwirtschaft, die die VOB/B zum Gegenstand der Bauverträge mit Privaten macht.

Auf den Wortlaut allein ist indes bei der Frage, ob die VOB die Wandlung ausschließt, nicht abzustellen. Entscheidend ist der Sinn und Zweck der VOB.

Zweck der VOB ist es, einen der Eigenart des Bauvertrages angepaßten gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Bauherrn und des Bauunternehmers zu schaffen [19]. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die VOB das gesetzliche Werkvertragsrecht nur insofern verändern, als sie tatsächlich positive das gesetzliche Werkvertragsrecht modifizierende Bestimmungen trifft. Dabei ist selbstverständlich nicht am Wortlaut zu haften, sondern auf den Sinn und Zweck der VOB anzustellen.

Das OLG Düsseldorf [20] führt in einem Urteil, das zur einredeweisen Geltendmachung der Minderung ergangen ist, aus, daß die Vorschriften des BGB auch auf ein Vertragsverhältnis anzuwenden seien, für das die VOB vereinbart

---

17) so in der Tat OLG Koblenz v. 3.1.62 Sch-F Z 3.00 Bl.55 für eine entsprechende Bestimmung § 13 in "Allgemeinen Vertragsbedingungen für Leistungen zu Bauzwecken", die neben der VOB den Bauverträgen zugrundegelegt waren.

18) Grundsatz des "in dubio minus"

19) BGH v. 30.10.58 LM § 13 VOB/B Nr. 2

20) v.12.6.64 Sch-F Z 2.50 Bl.15 (17,17 v) unter Berufung auf Weber NJW 1958,1710

ist. Denn die VOB finde ausschließlich insoweit Anwendung, als sie ein Rechtsverhältnis abschließend regele, soweit dies nicht der Fall sei, gelte das Werkvertragsrecht des BGB subsidiär. Danach ist zu fragen, ob die VOB/B in § 13 die Gewährleistungsansprüche nach der Abnahme des Werkes abschließend geregelt hat. Das wird in der Tat aus der Aufzählung der einzelnen Rechte in § 13 VOB/B, der die Wandlung nicht erwähnt, geschlossen und zur Stützung dieser Ansicht auf § 16 Nr. 5 VOB/B verwiesen, der die Verzinsung von Bauforderungen abschließend regelt, so daß § 641 Abs.2 BGB daneben nicht mehr anwendbar ist [21]. Dem läßt sich entgegenhalten, daß an anderen Stellen der VOB/B die allgemeinen Vorschriften des BGB jeweils ausdrücklich nicht für anwendbar erklärt worden sind, wie z.B. in § 17 Nr.2, in dem § 232 Abs. 1 BGB ausgeschlossen wird [22]. Mit Recht weisen Herding/Schmalzl [23] darauf hin, daß diese Argumentation "formalistisch" anmutet, zumal es sich bei der VOB nicht um "ein ausgefeiltes, fehlerlos durchdachtes Gesetzeswerk", sondern um von Praktikern des Baugewerbes bearbeitete Geschäftsbedingungen handelt. Nach dem BGH [24] gilt das BGB insoweit, als die VOB nichts Gegenteiliges bestimme. Dieses Urteil betrifft allerdings den Rücktritt bei Unmöglichkeit der Leistung, läßt sich also nicht ohne weiteres auf die Wandlung übertragen. Man könnte den allgemeinen Satz aus dem Urteil herleiten, daß das BGB überhaupt insoweit gilt als die VOB nichts Gegenteiliges ausdrücklich vorschreibt; auf die Wandlung bezogen würde das bedeuten: Von der Wandlung ist ausdrücklich nichts gesagt, also gilt sie neben der VOB [25].

Die Anwendung des BGB für die Unmöglichkeit der Leistung ist aber deswegen gerechtfertigt, weil § 8 VOB/B den Fall der Unmöglichkeit der Leistung, was zum Rücktritt führen kann, gar nicht behandelt, sondern ein Kündigungsrecht bis zur Vollendung der Leistung einräumt [26].

21) Herding/Schmalzl S.491 m.N. aus der Rspr.d.BGH
22) Hereth/Ludwig/Naschold B § 13 Ez 13.25; Kuhn NJW 1955,412 1.Sp.
23) aaO S.491
24) v. 18.11.57 LM § 8 VOB/B Nr.1= NJW 1958,217 - VersR 1958,165=Sch-F Z 2.510 Bl.4
25) so Häring S.102
26) so die Begründung des BGH (wie Fn.24); ihm folgend Herding/Schmalzl S.492

3. Die eigene Ansicht

Der VOB selbst ist eindeutig nichts zu entnehmen. Aus dem Umstand, daß in der VOB nirgends von einem Anspruch des Auftraggebers auf Wandlung die Rede ist, darf man noch nicht folgern, daß ein solcher Anspruch grundsätzlich ausgeschlossen sein soll [27]. Abzustellen ist vielmehr auf die Interessenlage. Die VOB/B hat entgegen manchem Wunschdenken [28] keine klare und übersichtliche Vertragsregelung getroffen [29] und stellt den Bauherrn in vielen Punkten schlechter [30] als die gesetzliche Regelung mit der Folge, daß die VOB/B wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen restriktiv auszulegen ist. Die Schöpfer der VOB/B mögen bestrebt gewesen sein, einfache und der Billigkeit entsprechende Bestimmungen für das Bauvertragsrecht zu schaffen [31], das rechtfertigt aber entgegen Glaser [32] noch nicht den Schluß, weil die Wandlung unerwähnt geblieben ist, auf deren generelle Nichtanwendbarkeit.

Der Minderungsanspruch reicht nicht aus.

Zwar wird unter Hinweis auf den BGH [33] behauptet, daß dadurch, daß der Bauherr im Wege der Minderung im Falle der völligen Wertlosigkeit den vollen Werklohn zurückerhalte, im Ergebnis das erreicht werde, was das Wandlungsrecht gewähre [34]. Das ist aber nicht der Fall. Zwar erhält der Bauherr bei völlig wertlosem Bauwerk den gesamten Werklohn zurück. Das ist aber nur eine Seite der Wandlung. Der Bauherr ist nämlich gezwungen, das fehlerhafte völlig wertlose Bauwerk zu behalten, denn er hat auf Grund der Minderung keine Handhabe gegen den Unternehmer, daß dieser es abbreche

---

27) Herold BlGBW 1955,69(73); Kuhn NJW 1955,412
28) z.B. Hoen S.141
29) vgl. Schmalzl, Haftung Rdnr.132 S.76; Jagenburg MDR 1968,366 und die zahllosen zur VOB/B ergangenen Entscheidungen, insbesondere zur Verjährung, was gegen ihre Praktikabilität spricht; vgl. nur die umfangreichen Rechtsprechungsübersichten: Heimann-Trosien WPM 1968,1002 ff; Schmidt MDR 1973, 543 ff; WPM 1974,294 ff; MDR 1974,636 ff
30) z.B. kurze Verjährung; Einschränkung der Schadenersatzansprüche;
31) Glaser wie Fn.11 S.241 r.Sp.
32) wie Fn.31
33) v.29.10.64 Sch-F Z 2.414 Bl.136=NJW 1965,152
34) Rietschel Anm. zu BGH LM VOB(B) § 13 Nr. 8; Ingenstau/Korbion B § 13 Rdnr.209 S.1075

und die Materialien vom Grundstück entferne, also seine Leistung zurücknehme. Diesen Anspruch auf Wiederabnahme des völlig wertlosen Bauwerks durch Abbruch und Entfernen des Materials geben nur die Wandlung und der "große" Schadenersatz, § 13 Nr.7 Abs. 2 VOB/B [35]. Der "große" Schadenersatzanspruch kann indes die Wandlung nicht überflüssig machen, weil Schadensersatz Verschulden voraussetzt, und zwar bei § 13 Nr.7 Abs. 2 VOB/B sogar mindestens grobe Fahrlässigkeit vorliegen muß. Können die Voraussetzungen des "großen" Schadensersatzes nicht nachgewiesen werden, so muß der Bauherr das fehlerhafte Bauwerk behalten, was nicht interessengerecht ist. Neben den Gewährleistungsansprüchen wegen mangelhafter Ausführung des Bauwerks stehen dem Bauherrn i.d.R. keine Ansprüche zu, die ihm zur Rücknahme, d.h. Abbruch des fehlerhaften Baues verhelfen könnten, etwa aus §§ 823, 1004 BGB [36], von dem auch von diesen Vorschriften geforderten Verschulden einmal abgesehen.
Die von vielen Autoren angeführte Unzweckmäßigkeit der Wandlung bei Bauverträgen wegen ihrer schwierigen Durchführbarkeit [37] vermag nicht zu überzeugen. Auch bei der Minderung können Schwierigkeiten bei der Berechnung auftreten [38], wenn nicht gerade das Bauwerk völlig wertlos ist. Die für den Ausschluß der Wandlung ins Feld geführte "Tendenz der VOB zur Werkerhaltung" [39], die ihr zugrundeliegt [40], steht der Annahme, daß die Wandlung durch die VOB nicht ausgeschlossen ist, wegen der bei der Wandlung von Bauverträgen, bei denen die erbrachten

---

35) BGH v. 27.6.63 Sch-F Z 2.414 Bl.127;
BGH v. 7.6.63 B 1963,1213=VersR 1963,1085;
BGH v. 17.2.64 VersR 1964,516(517 r.Sp. unten)
BGH v. 6.5.68 BB 1968,1524(1525 r.Sp.); Ingenstau/Korbion B § 13 Rdnr.229 S.1087, deutlicher 6. Aufl. B § 13 Rdnr. 109 a S.877

36) BGH v. 30.5.63 BGHZ 39,366(369 f)= NJW 1963,1827 = Sch-F Z 3.01 Bl.222; BGH v. 3.12.64 Sch-F 2.400 Bl.38= NJW 1965,534=JZ 1965,217=VersR 1965, 245; vgl. auch BGH v. 3.7.69 Sch-F Z 4.02 Bl.9=JZ 1969, 666=NJW 1969,1710; wie die Rechtsprechung Schmalzl, Haftung Rdnr.71 S.47; Palandt/Thomas § 823 Anm.5b, § 633 Vorbem.4 h; unentschieden Palandt/Degenhardt § 1004 Anm.2 a,aa; vgl. Wilts VersR 1967,812 ff; Freund/Barthelmess NJW 1975,281 ff; a.A. OLG Stuttgart v. 29.7.66 NJW 1967,573=BlGBW 1968, 118

37) vgl. nur Schmalzl, Haftung Rdnr.157 S.89 f

38) vgl. nur BGH v. 24.2.72 BGHZ 58,181=BauR 1972,242

39) Ellerингmann aaO S.89

40) vgl. nur § 4 Nr. 6,7 VOB/B

Leistungen trotz ihrer Fehlerhaftigkeit einen über dem Materialwert liegenden objektiven Wert aufweisen, für den Bereich des BGB angewandten wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht entgegen.
Nach alledem ist die Wandlung durch die VOB/B nicht ausgeschlossen [41]. Sie ist durchzuführen, wie oben [42] dargestellt. Sie ist allerdings, soweit sie in Natur durch Abbruch des Bauwerks durchgeführt wird, auch im Bereich der VOB/B lediglich den Fällen vorbehalten, in denen das Werk gar nichts wert ist und dem Bauherrn nicht zugemutet werden kann, das völlig wertlose Bauwerk zu behalten.

---

41) so im Ergebnis auch Schmidt/Salzer Beilage 1 zu BB 1973 Heft 3 S. 8 f, wenn auch mit anderer Begründung, nämlich unter dem Gesichtspunkt der Überprüfung von AGB auf ihre Wirksamkeit; gegen ihn: Hesse BB 1973, 546 (547); Nicklisch Beilage 10 zu BB 1974 Heft 27 S.2 Fn. 2

42) vgl. oben S.173 ff

Zusammenfassung

1. Durch vollzogene Wandlung wird der Kauf-, Lieferungskauf-, Werklieferungs- und Werkvertrag in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt.
   Das ursprüngliche Schuldverhältnis bleibt in seiner Erscheinungsform als Abwicklungsverhältnis erhalten.
   Die Leistungspflichten kehren sich um.
2. Die Rückabwicklung auf Grund der Wandlung auf den Zeitpunkt vor der Leistung erfolgt im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses nach Maßgabe der §§ 467, 346 ff BGB unter Berücksichtigung, daß der Wandlungsgegner (Verkäufer, Lieferer, Hersteller, Werkunternehmer) die Wandlung wegen der Fehlerhaftigkeit seiner Leistung veranlaßt hat.
3. Die Rückabwicklung bei der Wandlung eines Kaufvertrages geschieht auf folgende Weise:
   a) der Käufer hat
      aa) dem Verkäufer die verkaufte Sache zur Wegnahme
         aaa) an dem Ort, wo sie sich vertragsgemäß befindet,
         bbb) nach Spezifikation oder Montage in dem Zustand, in dem sie sich befindet,

         zur Verfügung zu stellen und die Wegnahme zu dulden,
      bb) die Kaufsache an den Verkäufer ggf. zurückzuübereignen,
      cc) Nutzungen (insbesondere Gebrauchsvorteile) seit Erhalt der Sache herauszugeben (zu vergüten, und zwar deren objektiven Wert, entweder berechnet auf der Grundlage von Kaufpreis und üblicher Nutzungsdauer oder bei vermietbaren Sachen den objektiven Mietwert)
   b) der Verkäufer hat
      aa) die Kaufsache
         aaa) an dem Ort an dem sie sich vertragsgemäß befindet,
         bbb) in dem Zustand nach Spezifikation oder Montage

         wieder zurückzunehmen

         und gerät bei Nichtabnahme in Annahme- und

         Abnahmeverzug
      bb) die Wiederabnahmekosten zu tragen
      cc) den Kaufpreis nebst Zinsen ab Erhalt des Kaufpreises zurückzuzahlen,
      bei Inzahlungnahme eines Altgeräts des Käufers dieses zurückzugeben; ist das nicht mehr möglich, den Erlös herauszugeben oder den Wert zu ersetzen.

dd) die Spezifikationskosten,
ee) die Vertragskosten,
ff) die Erfüllungskosten,
gg) die Aufwendungen zu ersetzen.

3. Bei der Wandlung des Werklieferungsvertrages i.S.d. § 651 Abs. 1 gilt das für den Kauf Ausgeführte entsprechend.

4. Die Durchführung der Wandlung von Werkverträgen erfolgt grundsätzlich durch Zurverfügungstellung des Werkes zur Wegnahme und Rückzahlung des gezahlten Werklohnes im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses auf Grund der Wandlung mit der Umkehr der Leistungspflichten.

a) Beim "reinen" Werkvertrag ist Gegenstand der Rückgewähr ein Werk am bestellereigenen Stoff. Die Rückgewähr des Werkes in Natur durch Rücknahme des Werkes vom bestellereigenen Stoff ist unmöglich.

In Anwendung des Rechtsgedankens des § 346 S.2 BGB hat der Besteller dem Unternehmer die trotz der fehlerhaften Werkleistung erfolgte objektive Wertsteigerung an dem von ihm gestellten Stoff, der ihm verbleibt, in Geld auszugleichen. Maßgebend für die Bemessung ist die objektive Wertsteigerung.

Die objektive Wertsteigerung wird an Hand der jeweils erzielbaren Kaufpreise ermittelt.

Den vereinbarten Werklohn erhält der Unternehmer nicht.

Hat der Besteller die Vergütung bereits gezahlt, kann der Betrag für den Wertausgleich von der zurückzuzahlenden Vergütung abgesetzt werden; die Differenz ist an den Besteller zu erstatten.

Ist die Werkleistung objektiv gar nichts wert, erhält der Unternehmer nichts.

Ist der Stoff des Bestellers durch die fehlerhafte Werkleistung darüberhinaus verdorben, besteht auf Grund Wandlung keine Schadenersatzpflicht des Unternehmers, insoweit trägt der Besteller das Risiko seines Stoffes.

b) Bei Werkverträgen über immaterielle Werke ist in Durchführung der Wandlung

aa) bei Verknüpfung des Werkes an ein körperliches Substrat

das körperliche Substrat zurückzugewähren,

bb) bei fehlender Verknüpfung an ein körperliches Substrat

in Anwendung des Rechtsgedankens des § 346 S.2 BGB der dem Besteller verbleibende objektive Wert der fehlerhaften Leistung in Geld dem Unternehmer auszugleichen

und in beiden Fällen der Werklohn zurückzuzahlen, im Falle bb kann eine Verrechnung stattfinden; ist im Falle bb die Leistung gar nichts wert, erhält der Unternehmer nichts.

c) Bei Werkverträgen i.S.d. § 651 Abs.2 BGB ist Gegenstand der Rückgewähr ein unter Verwendung von Nebensachen am Stoff des Bestellers erbrachtes Werk.

Wird wegen Mangelhaftigkeit eines Werks i.S.d. § 651 Abs.2 BGB die Wandlung vollzogen, so ist die Wandlung wie folgt durchzuführen:

aa) Der Unternehmer erhält oder behält die vereinbarte Vergütung nicht.

bb) Ob der Unternehmer das Werk auf Grund der Umkehr der Leistungspflichten auf seine Kosten abtrennen und die Nebensachen wegnehmen muß, hängt davon ab, ob die Rückgewähr in Natur tatsächlich oder rechtlich möglich ist.

aaa) Die Rückgewähr in Natur ist tatsächlich und rechtlich möglich, wenn bei der Verbindung von Nebensachen mit dem Stoff des Bestellers die Nebensachen abtrennbar sind und daher von dem Unternehmer zurückgenommen werken können und den Wert des Werkes im wesentlichen darstellen. Letztere Voraussetzung liegt vor, wenn die Arbeit der Verbindung gegenüber der Anfertigung der Nebensachen in den Hintergrund tritt.

Ist die Rückgewähr durch Rücknahme der Nebensachen möglich, so hat der Unternehmer die Nebensachen vom Stoff des Bestellers

abzutrennen und wegzunehmen.
Einen Ausgleich für seine Arbeitsleistung erhält er nicht. Dem Besteller verbleibt insoweit nichts, als der Unternehmer die das Werk im wesentlichen ausmachenden Nebensachen zurückerhält.

bbb) Die Rückgewähr in Natur ist tatsächlich oder rechtlich nicht möglich,

aaaa) wenn das Werk gar nicht, auch nicht in der Form der Nebensachen entfernbar ist, so daß die Nebensachen noch einen wirtschaftlichen Wert haben;

bbbb) wenn zwar die Nebensachen abtrennbar sind, dadurch aber das Werk bestehend aus hergestellten, be- und verarbeiteten Zutaten und Arbeitsleistung am bestellereigenen Stoff zerstört und damit zugleich wirtschaftliche Werte zerstört werden würden. Das ist dann der Fall, wenn nicht die hergestellten Nebensachen das Werk im wesentlichen darstellen, die Arbeit des Verbindens mit dem bestellereigenen Stoff demgegenüber in den Hintergrund tritt, sondern sich das Werk im wesentlichen in der Arbeit des Verarbeitens von Materialien am bestellergestellten Stoff zeigt, die Zutaten dieser Arbeitsleistung gegenüber zurücktreten und allein durch die Rücknahme der Nebensachen der Unternehmer nicht das zurückerhält, was er geleistet hat.

Ist die Rückgewähr in Natur tatsächlich oder rechtlich nicht möglich, so muß der Besteller das Werk i.d.R. behalten. Der Unternehmer erhält den objektiven Wert der dem Besteller verbleibenden fehlerhaften Werkleistung in Geld. Der objektive Wert errechnet sich nicht nach den dem Besteller verbleibenden Nebensachen, sondern nach der Differenz zwischen dem Wert des

Substrats ohne die fehlerhafte Werkleistung und dem Wert des Substrats mit dem fehlerhaften Werk abzüglich der etwa auf das fehlerhafte Werk gemachten Aufwendungen.

Eine Ausnahme besteht dann, wenn das fehlerhafte Werk keinen über den Materialwert hinausgehenden objektiven Wert aufweist. Der Besteller braucht in diesem Fall das Werk nicht zu behalten und nichts zu zahlen. Der Unternehmer ist verpflichtet, Nebensachen, soweit abtrennbar, auf seine Kosten abzutrennen und wegzunehmen.

d) Beim Bauvertrag über Bauten in konventioneller Bauweise ist die Durchführung der Wandlung durch Abbruch des Bauwerks unzulässig, wenn die fehlerhafte Bauleistung einen über den Materialwert der Baustoffe im abgetrennten Zustand hinausgehenden objektiven Wert aufweist.

Ist das der Fall, ist die Wandlung durch einen Wertausgleich in Anwendung des § 346 S.2 BGB durchzuführen. Es ist der objektive Wert der dem Bauherrn verbleibenden Bauwerkleistung in Geld auszugleichen. Der Betrag ist die Differenz des Wertes der jeweils erzielbaren Verkaufspreise abzüglich der Aufwendungen des Bauherrn.

Ist die Bauleistung ohne objektiven über dem Wert der Baustoffe nach Abbruch liegenden Wert geblieben, so ist die Wandlung durch Abbruch des Bauwerks, Wegnahme des anfallenden Baumterials und Räumung des Grundstücks durchzuführen.

Bei einem Teilbauvertrag über eine Teilleistung bei der Errichtung eines Gebäudes, das durch mehrere Unternehmer auf Grund selbständiger Werkverträge erstellt wird, wird die Wandlung wegen der Unmöglichkeit der Rückgewähr der einzelnen Werkleistung in Natur i.d.R. in der Weise durchgeführt, daß der objektive Wert der dem Besteller verbleibenden Werkleistung in Geld an den Unternehmer entrichtet wird, die sich errechnet nach dem objektiven Wert des Gesamtwerks abzüglich der den anderen Werkunternehmern gezahlten Werklöhnen.

e) Die Wandlung von Architekten- und Statikerverträgen erfolgt durch Rückgewähr der erstellten Unterlagen und Rückzahlung des etwa gezahlten Honorars. Nach Baubeginn ist die Wandlung in Anwendung des Rechtsgedankens des § 346 S.2 BGB durch einen Wertausgleich durchzuführen.

nach der eingeschränkten Werkvertragstheorie der objektive Wert der Architektenleistung bezogen auf den fehlerhaften Bau,

nach der erweiterten Werkvertragstheorie nach dem objektiven Wert des fehlerhaften Bauwerks unter Einschluß der Architektenleistung abzüglich der Aufwendungen des Bauherrn.

5. Im österreichischen und schweizerischen Recht besteht hinsichtlich der Hauptpflichten aus Wandlung - Rückführung der gegenseitig erbrachten Leistungen - Übereinstimmung.
Abweichungen ergeben sich bei den Nebenansprüchen aus Wandlung, die ihren Ursprung in der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung der Wandlung haben. Sind Werkleistungen nicht in Natur zurücknehmbar, findet auch im österreichischen und schweizerischen Recht ein Wertausgleich statt, allerdings nach Bereicherungsregeln.
Bei Bauverträgen stützt Art.368 Abs.3 OR die für das deutsche Recht gefundene Lösung:
Während Art. 368 Abs. 3 OR bei Bauverträgen die Wandlung nur in Ausnahmefällen - leichte Trennbarkeit des Werkes, Unzumutbarkeit der Annahme des Werkes - zuläßt, also die Frage der Rückgewähr durch Abbruch des Bauwerks für die Mehrzahl der Fälle von vornherein ausschließt, ist im deutschen (wie auch im österreichischen) Recht die Wandlung zwar zulässig, aber aus wirtschaftlichen Gründen nicht durch Abbruch durchzuführen, sondern es erfolgt ein Wertausgleich in Geld. Ist die Bauleistung gar nichts wert, so ist die Wandlung durch Abbruch und Räumung des Grundstückes durchzuführen.

6. Bei Kauf- und Werklieferungsverträgen i.S.d. § 651 Abs. 1 BGB mit werkvertraglichen Nebenpflichten ist die Wandlung im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses im Hinblick auf die Umkehr der Leistungspflichten so durchzuführen, daß der Verkäufer oder Hersteller

die Leistung genau auf demselben Wege zurücknimmt, wie er sie erbracht hat.

7. Bei Kombinationsverträgen wird von der Wandlung der gesamte Vertrag erfaßt.
8. Wandlung und Minderung sind von ihrer gesetzlichen Konstruktion her völlig verschieden.
9. Der Schadenersatzanspruch des § 635 (und des § 463) BGB in der Form des "großen" Schadenersatzes - Ablehnung des Werkes (der Kaufsache) und Forderung von Schadenersatz - umfaßt die Wandlung.
10. ABG und ALB schließen nach Fehlschlagen, Verweigerung oder Unmöglichkeit der Nachbesserung die Wandlung beim Kauf und beim Werkvertrag jedenfalls den Rücktritt nicht aus.
11. Die VOB/B schließt die Wandlung nicht aus.

Lebenslauf

Am 13. Januar 1942 wurde ich als Sohn des jetzigen Rechtsanwalts und Notars Johannes Friedrich und seiner Ehefrau Regina geb. Schwartz in Halberstadt (Sachsen - Anhalt) geboren.
Die Volks- und Oberschule besuchte ich in Bad Pyrmont. Nach dem Abitur im Februar 1962 am Neusprachlichen Gymnasium in Bad Pyrmont begann ich im Sommersemester 1962 das Studium der Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin und setzte es ab Sommersemester 1963 an der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau fort. Nach einem weiteren Semester an der Freien Universität Berlin studierte ich seit Wintersemester 1964/65 an der Georg-August-Universität in Göttingen. Am 5.8.1966 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung.
Von November 1966 bis April 1968 war ich am Institut für Sozialpolitik und Sozialrecht - Abteilung Sozialrecht - der Universität Göttingen tätig. Nach dem dreijährigen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Celle bestand ich am 26. Mai 1972 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz.

Nach einer Tätigkeit als Anwalts- und Notarvertreter im Landgerichtsbezirk Hannover wurde ich unter dem 6. Dezember 1972 durch den Minister für Arbeit, Gesundheit und Sozialordnung des Landes Baden-Württemberg unter Berufung in das Richterverhältnis auf Probe zum Richter ernannt und war zunächst Vorsitzender der 3. Kammer des Arbeitsgerichts Stuttgart und bin seit Januar 1975 am Arbeitsgericht Freiburg - Außenkammern Villingen-Schwenningen - als Richter tätig. Mit Urkunde vom 31.10.1975 wurde ich unter Berufung in das Richterverhältnis auf Lebenszeit zum Richter am Arbeitsgericht ernannt.
Seit dem 27.12.1973 bin ich mit der Musiklehrerin Renate Heinemann aus Woltwiesche bei Braunschweig verheiratet.